Ctim.
1280.
(42

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<366363772200 17

<366363772200 17

Bayer. Staatsbibliothek

Darstellung und Beurtheilung

der deutschen

Strafrechts-Systeme,

ein Beitrag zur Geschichte der Philosophie und der Strafgesetzgebungs-Wissenschaft,

von

Dr. F. C. Th. Hepp,

Professor des Rechts in Tübingen.

Zweite Abtheilung,

Die relativen Systeme.

Zweites und Schlußheft,

Die Präventions-, die Besserungs-, die relativen Coalitions- und die Rechtssysteme.

Zweite völlig umgearbeitete Auflage.

Heidelberg,

bei J. C. B. Mohr.

1845.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Der Verfasser hatte in der Vorrede zum letzten Hefte die, bei der großen Schwierigkeit der Arbeit auch in seinem eignen Interesse gelegene, Hoffnung ausgesprochen, daß das Schlußheft von beträchtlich geringerem Umfange seyn werde, als die beiden vorhergehenden. Allein unerwartet wuchs der Stoff unter seinen Händen. Vorerst that es Noth, die Grolman'sche, oft einseitig beurtheilte, Präventionstheorie theils mit Rücksicht auf den bedeutenden Einfluß, den sie seiner Zeit auf Doctrin und Praxis ausgeübt, theils in ihrem Verhältniß zur Feuerbach'schen Theorie, mit welcher sie eine Zeitlang um den Sieg rang, einer sorgfältigen Prüfung, namentlich unter Berücksichtigung ihrer stufenweisen Entwickelung und Vervollkommnung, zu unterwerfen. Sodann verdiente Stelzer's, den Meisten — wenigstens in ihrem Detail — unbekannte, geistreich durchgeführte Theorie der juridischen Besserung, in Verbindung mit dem, auf einem Läugnen aller Willensfreiheit beruhenden deterministischen Systeme von Groos, und dem neuerdings aufgestellten phrenologischen Systeme, welche beide, aber jedes auf andere Weise, Besserung des Uebertreters zur Sicherung des Staats wollen, in ihren Grund-

zügen dargestellt, und beurtheilt zu werden. Endlich galt es, auf dem Gebiete der vom Verf. so genannten Rechtssysteme, als der wichtigsten unter den relativen Theorieen, diese vollständiger, als bisher geschehen, darzustellen und gründlicher zu beurtheilen; daher hier mehrere Theorieen zum erstenmale aufgeführt sind, welche vergebens in den Schriften über Strafrechtstheorieen gesucht werden.

Zwar wäre von dem „aller neuesten" Standpuncte aus eine viel kürzere Beurtheilung dieser, und der in den beiden vorhergehenden Heften dargestellten Theorieen möglich gewesen, ja sogar eine kurze Kritik ohne eigentliche, geschweige denn vollständige Darstellung der Systeme selbst. Allein theils würde dieß von demjenigen Standpuncte, den der Verf. von Anfang an eingenommen und auch hier festgehalten hat, nämlich dem practischen, die Verbesserung und Humanisirung der Strafgesetze und des Strafverfahrens bezweckenden Standpuncte, in keiner Weise ausgereicht haben; theils muß man erst auf der „Höhe des Begriffs" stehen, um entweder mit etlichen Schlagworten, oder noch kürzer mit einem einzigen Satze die Theorieen unserer ausgezeichnetsten Denker abzufertigen, oder deren Ansicht nicht einmal der kürzesten Abfertigung für werth zu erachten. Wenn diese Ueberschätzung bei einigen neueren Schriftstellern, welche allein den Höhepunct der Wissenschaft eingenommen zu haben glauben, jetzt offen hervortritt, so ist dieß nicht nur ein trauriges Zeichen der Zeit, sondern zeugt wenigstens nicht von wahrer Wissenschaftlichkeit, weil diese immer bescheidener macht; ein Urtheil, welches sie bei einiger Billigkeit ihren, ja durchaus „unwissenschaftlichen" Gegnern in keiner Weise verargen können.

Ein eigenthümliches dialectisches Kunststück hat eben jetzt Berner im Cr. Archiv 1845 Nr. 6 aufgeführt. Er erklärt es nämlich für überflüssig, die verschiedenen relativen Systeme, die er sämmtlich der Politik zuweiset, zu widerlegen, und läßt dafür im Wege des Begriffsprocesses, und zwar **processu summariissimo**, jede relative Theorie die andere — wenn auch mitunter anachronistisch (d. h. die ältere die jüngere) — „negiren", weil jede auf der Negation der andern aufgeführt sey, und „negirt" dann die noch zuletzt übrigbleibende — womit auf dem einfachsten und kürzesten Wege alles Relative verschwindet, und die Brücke zum Absoluten (nicht moralisch, sondern logisch-Absoluten) von selbst gelegt ist, wobei es aber doch wieder darauf abgesehen ist, das kaum vernichtete Relative „begriffsmäßig" mit dem Absoluten wieder zu vereinigen; natürlich, weil sich der Begriff von seiner Höhe zuletzt auf die niedrige Wirklichkeit herablassen muß. Der moralischen oder göttlichen Vergeltungstheorieen wird bei diesem dialectischen Processe gar nicht gedacht; wiederum natürlich, da, wie bekannt, das absolute Denken von einem persönlichen, die Welt lenkenden, dem Menschen nach seinen Thaten vergeltenden Gott nichts wissen will, weil es das „auf den Kopf Gestellte" des natürlichen Denkens ist, und deshalb leicht bewußtlos wird.

Das entschiedene Talent, welches Berner in seinen Grundzügen der Imputationslehre, Berlin 1843, gezeigt hat, wäre wohl einer besseren Aufgabe werth, als solche dialectische Kunstübungen anzustellen, obwohl man sie bewundern kann. Aber das gilt auch von der scholastischen Spitzfindigkeit des Mittelalters, in deren Fesseln, nur in

veränderter Form, jetzt auch sogar das gesammte positive Recht und dessen Geschichte geschlagen werden soll.

Uebrigens erzeigt Berner der, auch vom Verf. vertheidigten Sühne- oder Bußtheorie die Ehre, daß sie der Hegel'schen Vergeltungstheorie am nächsten stehe, oder doch am ersten zu ihr führe, ja, wenn man sie nur „negire", nothwendig zu ihr führen müsse. Er sagt nämlich:

„Der bedeutende Schritt vorwärts, den diese Theorieen gemacht haben, ist der, daß sie die Strafe auf das „gegenwärtige" Verbrechen des „gegenwärtigen" Uebertreters beziehen. Wenn sie nun nicht noch an einem verborgenen Mangel litten, so würde es ihnen gelungen seyn, die Strafe aus aller Beziehung auf Anderes heraus, und zur „Präsenz", zur Absolutheit gebracht zu haben. Es liegt aber in ihnen immer noch eine Schiefheit, und zwar eine solche, die, wenn sie erkannt wird, den „ganzen" relativen Standpunct über den Haufen wirft, (sofern nämlich die übrigen relativen Theorieen sich schon selbst negirt haben). Verbrechen nämlich ist nach dieser Theorie nichts anderes, als Anrichtung eines idealen oder intellektuellen Schadens. Somit ist „in den idealen Schaden" der Begriff des Verbrechens hineingelegt, und dadurch „aus sich selbst hinausgeworfen" (er negirt sich also selbst). Der intellektuelle Schaden ist nicht das Verbrechen selbst, sondern nur „Folge" desselben. Hält man sich nun aber an die verbrecherische Handlung selbst, will man denjenigen ideellen Schaden, in welchem diese Handlung „besteht", nicht bloß den, welchen sie nur zur „Folge" hat, aufheben: so entsteht die Forderung einer Theorie, welche nur deshalb straft „weil verbrochen worden ist", d. h. das ganze Gebiet des Re-

lativen liegt hinter uns, und wir stehen bereits auf der Brücke zur absoluten Theorie. Weil die Welcker'sche Theorie so unmittelbar an die absolute angränzt, so ist es möglich gewesen, daß man sie sogar selbst für absolut hielt."

Auch der Verf. hat, bevor er Berner's erst jetzt erschienene Abhandlung benutzen konnte, im §. 110 S. 742 — 743 und §. 127 S. 851 dieser Schrift darauf aufmerksam gemacht, daß die Sühne- oder Bußtheorie, also auch das von ihm unter dem Namen Theorie der bürgerlichen Gerechtigkeit vertheidigte System des Strafrechts, der absoluten Theorie am nächsten stehe, aber unter der absoluten Theorie die moralische, und nicht die bloß dialectische Wiedervergeltungstheorie gemeint. Denn der letzteren, da sie auf der „Höhe des Begriffs" steht, kann sich das natürliche Denken entfernt nicht nähern, aber eben so wenig zugeben, daß sich, auch hier **processu summariissimo**, der Begriff des Verbrechens „aus sich selbst hinauswerfe" — wie man an derlei Redensarten (z. B. selbst daran, „daß ein Begriff den andern zum Fenster hinauswirft") sich jetzt gewöhnen muß, weil Alles, auch die einfachsten Ausdrücke neu werden sollen, obgleich jener Ausdruck weniger an einen „logischen" Proceß, als an eine der Logik fremde, von ihr zu negirende „Handgreiflichkeit oder Thätlichkeit" — hier gegen sich selbst — erinnert.

Der Begriff des Verbrechens, welcher sich, um deutsch zu reden, selbst den Hals brechen soll, ist nämlich kein anderer, als der Begriff des „bürgerlichen" Verbrechens, von welchem allein die Sühne- oder Bußtheorie, wie die relative Theorie überhaupt, ausgeht, weil sie diesen Begriff, und „nur diesen" bestimmen, und die rechtlichen Gründe

für die Beurtheilung dieses, und „keines andern" Begriffs, auffinden will. Was sonst noch moralisch schlecht ist oder seyn mag, das überläßt sie dem eignen Gewissen und der göttlichen Vergeltung, weil sie an eine solche glaubt, und nicht an einem pantheistischen Gott — man darf nicht sagen glaubt, sondern — hängt, welcher, da er seine Entwicklung in der Welt und im Menschen finden soll, am Ende gar in dem Verbrecher zu strafen wäre.

Hingegen Berner geht von dem Begriffe des Verbrechens überhaupt — dem allgemeinen, abstracten Begriffe — und zwar von einem so abstracten Begriffe aus, daß sich derselbe (als bloße Negation) in gar keinen Folgen manifestirt, oder diese wenigstens nicht zum Wesen desselben gehören, wie letzteres die relative Theorie vom Standpuncte des sie allein angehenden „bürgerlichen" Verbrechens annimmt. Jenem Begriffe correspondirend, wird dann auch eine Strafe im Begriff (eine s. g. speculative Strafe) aufgestellt, welche, als Negation der Negation, gleichfalls so abstracter Natur ist, daß sie nur als dialectische oder Begriffs-Nothwendigkeit erscheint, mithin das Merkmal des Uebels kein zum Wesen der Strafe gehöriges ist, — während die relative Theorie vom Standpuncte der sie allein angehenden „bürgerlichen" Strafe, sich eine solche ohne Zwang, einen Zwang aber nicht ohne ein Uebel denken kann. Die speculative Philosophie kann sich dieß nur als Folge oder Attribut der physischen oder sinnlichen Strafe denken, nachdem sie mit ihrer dialectischen Strafe sich auf die Erde (auf den Boden der Wirklichkeit) herabgelassen hat, und dann — aber auch erst dann — verschwindet wohl auch „die Ehre", die dem Verbrecher durch die (spe-

culative) Strafe erwiesen werden soll, und wandelt sich in eine (Reflexions=) „Unehre" für denselben um.

Die Brücke also, welche nach der Selbstnegirung der relativen Theorieen und der Negirung der letzten, noch üb=rig bleibenden Theorie dieser Kategorie, von selbst zu der speculativen Strafe führen soll, muß noch mit einer „zwei=ten" Brücke vermehrt werden, auf welche schon Feuerbach die Vertheidiger der, vermöge ihrer sittlich=religiösen Grund=lage unendlich höher stehenden, moralischen oder göttlichen Vergeltungstheorie verwiesen hat.

Ganz rein ist indeß Berner's Darstellung nicht ge=halten, indem er nicht nur die Hegel'sche Begriffs=Ver=geltung in nahe Verbindung mit Kant's moralischer Ver=geltung bringt, von der sie doch dem Fundamente nach himmelweit verschieden ist; sondern auch bei der „dialecti=schen" Strafe von einem „sinnlichen Strafleiden" spricht, da doch die Dialectik nur empfindungslose Begriffe auffstel=len kann. Namentlich aber, wenn er „begriffsmäßig" das Absolute (das Dialectische) mit dem Relativen hinsichtlich des Strafmaaßes zu vereinigen sucht, so ist dabei dreierlei zu erinnern.

Erstlich: daß nicht nur der Maaßstab, sondern auch der Umfang des Strafgebiets sehr verschieden bestimmt wird, je nachdem man von der dialectisch=absoluten, oder von der relativen Theorie ausgeht. Wie Berner selbst, Grund=züge der Imputationslehre S. 43, zugiebt, so müßten alle schikanösen Processe als Betrug bestraft werden. Dieß wäre eine Zugabe zu dem bürgerlichen Strafrechte, welche ganz an die chinesische Strafjustiz erinnerte, nach welcher der im Civilproceß unterliegende, frivol processirende Theil

eine Portion Bambushiebe auf die bloße Fußsohle erhält; und gewiß könnte man dann auf die Hälfte, oder wohl gar auf Dreiviertheil aller beendigten Civilrechtsstreitigkeiten die Worte Schiller's: „die Scene wird zum Tribunal" anwenden. Ja, eine jede **litiscontestatio negativa**, nur um dem Gegner den Beweis zuzuschieben, wäre Verbrechen. Solche Abwege verschuldet wenigstens die relative Theorie nicht, weil sie von dem Begriffe nicht des (wissentlichen) Unrechts überhaupt, sondern des bürgerlichen Verbrechens ausgeht.

Zweitens: wenn das sich selbst negirende, und in seiner letzten (wenn auch anachronistischen) Erscheinung von Berner negirte Relative wiederaufleben soll, um mit dem dialektisch-Absoluten vereinigt zu werden, wie soll man sich diese Auferstehung von Negationen denken? Und mit welchem Rechte wird dabei „alles" Relative der bloßen Politik zugewiesen? Dann müßte auch der Schadensersatz, welcher nach der Sühne- oder Bußtheorie — und diese ist nur das rein und consequent durchgeführte relative System überhaupt — auf dem gleichen Rechts- oder Verpflichtungsgrunde mit der Strafe beruht, der bloßen Politik angehören. Man sollte daher die politischen relativen Theorieen (Nutzens-Theorieen) gehörig von den Rechts-Systemen dieser Kategorie unterscheiden, und die Usurpation, daß nur das Absolute (jetzt das dialektisch- oder Begriffs-Nothwendige) die Gerechtigkeit enthalte, aufgeben. Aber, da schon der Schein blendet, so thut man es nicht gern, oder nennt wohl gar ironisch die Rechtssysteme „absolute relative" Systeme.

Drittens giebt Berner ein viel zu schwaches Bild von der, aus der Vermittlung des Relativen mit dem dialectisch-Absoluten entspringenden Unvollkommenheit der

„bürgerlichen" Strafgerechtigkeit, wenn er sagt: „Ob Jemand zu 1002 oder 1003 Tagen Arbeitshaus verurtheilt werde, das lasse sich weder genau berechnen, noch komme es auf diese Differenz von dem einen, oder andern Standpuncte an". Allerdings, wenn es sich nur so verhielte, so könnten die Unterthanen nicht nur beruhigt seyn, sondern sie hätten dann eine vollkommne menschliche Strafjustiz. Aber handelt es sich denn im Ernste nur um solche geringfügige Differenzen, wenn man die unendliche Verschiedenheit der bisherigen gemeinrechtlichen Praxis, der neueren deutschen Strafgesetzgebungen, und der darauf nicht nur in den verschiedenen Instanzen, sondern auch von coordinirten Gerichten desselben Staats gegründeten Urtheile mit einander vergleicht? Wird man sich dann auch dabei beruhigen, und sagen können: **minima non curat Praetor?**

Statt daher hier die Untersuchungen über die Grundsätze des Strafrechts abzubrechen, d. h. sich dabei zu beruhigen, „das dialectisch-Absolute begriffsmäßig mit dem Relativen vereinigt zu haben," sollten umgekehrt die Untersuchungen hier erst recht beginnen, wenn sie anders keine bloßen, den Praktikern längst zum Ueberdruß gewordenen Schulstreitigkeiten seyn sollen. Möchte daher Berner, und möchten mit ihm Andere, jeder von seinem Standpuncte, das philosophische Strafrecht vielmehr als legislatives Strafrecht, d. h. zur Verbesserung und Humanisirung der bestehenden (wenn auch allerneuesten) Strafgesetze und des mit ihnen zusammenhängenden Strafverfahrens, behandeln, um dem nur zu gegründeten Vorwurfe zu begegnen, daß die Wissenschaft sich seither viel zu sehr, auf der einen Seite mit bloßem Schulgezänke, auf der andern mit Antiquitäten befaßt habe,

als daß sie hätte Zeit gewinnen können, ihre Kräfte auf das, was vom Standpuncte der öffentlichen Meinung immer dringender Noth thut, mit allem Ernste zu verwenden. Denn, wenn auch Wächter in seiner Schrift: Das gemeine Recht Deutschland's ꝛc. S. 226, die Aeusserung des Verf's, daß die Deutschen noch viel zu jung und unerfahren auf dem Gebiete der Criminal-Gesetzgebung seyen, mit andern Worten, daß sie noch wenig Meisterschaft darin gezeigt haben (was namentlich von dem württemb. Str.G.B. und der Str.Pr.O. gilt), mit einem Fragezeichen begleitet hat: so ist dieß noch keine Widerlegung, und der legislative Fortschritt „kann" nur ein geringer seyn, so lange nicht nur Abschreckung und überhaupt Criminal-Politik mehr oder minder vorherrschend die Stelle des Rechts vertreten, sondern man sich unter dem so beschränkten Rechte gar noch den Gegensatz von der Moral, also auch von der Religion denkt, und daher Gesetzgebungen aufstellt, die nicht für christliche Staaten, sondern eben so gut für civilisirte Heidenvölker berechnet sind.

Von diesem, durchaus practischen Standpuncte, hat der Verf. in wissenschaftlicher Form (wenigstens, was man bisher so genannt hat) die Strafrechtstheorieen, wie schon in den beiden vorigen, so auch in diesem Hefte behandelt, um nach Maaßgabe seiner Kräfte, seiner Einsichten und Erfahrungen einen Beitrag zu dem „legislativen Strafrechte" zu geben, welcher freilich mehr nicht als ein Beitrag seyn kann und soll.

Tübingen im Juni 1845.

Hepp.

2) Die Präventions- oder Sicherungstheorie

§. 74.

Einleitung.

Diese Theorie, welche den Zweck der Strafe in die Verhütung künftiger Uebertretungen des Verbrechers setzt, und hiernach den Maaßstab der Strafe bestimmt, wurde zuerst von Feuerbach Präventionstheorie genannt. Neuerdings nennt man sie wohl auch Spezial-Präventionstheorie, um sie der Feuerbach'schen, überhaupt den Androhungstheorieen, als General-Präventionstheorieen, entgegen zu setzen. Der Grundgedanke derselben ist freilich nicht neu. So sagt schon Aristoteles, Ethik Buch 3 Kap. 7: „Die Staaten und Gesetzgeber bestrafen diejenigen, welche Böses thun eben so wohl, als sie die, welche Gutes gethan haben, in gleichem Falle belohnen und ehren. Sie setzen dabei voraus, daß sie hiedurch diese zu guten Handlungen antreiben, jene von bösen zurückhalten werden." Noch bestimmter Plato im Protagoras (**Opera T. 3. p. 114 ed. Bipont.**): „Niemand bestraft einen Schuldigen wegen des Verbrechens, das er begangen hat, es sey denn, daß er „auf thierische Weise" straft. Wer hingegen „mit Vernunft" straft, sieht nicht sowohl auf das begangene Verbrechen (denn was geschehen ist, bleibt geschehen), sondern vielmehr auf die Zukunft, um ähnliche Verbrechen zu verhüten, sowohl bei dem Gestraften selbst, als bei Andern, welche die Züchtigung mit ansehen."

Nach ihm Seneca, **de ira I, 16: Nam, ut ait Plato, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita nequeunt, futura prohibentur;** und an einer andern Stelle (**II, 16**): **ergo ne homini quidem nocebimus, quia peccavit, sed ne peccet, nec unquam ad praeteritum, sed ad futurum poena refertur;**

non enim irascitur, sed cavet (d. h. Strafe um des verübten Verbrechens willen, und lediglich wegen dieses wäre Rache, oder, wie Plato sich ausdrückt, thierische Züchtigung). Ferner gehören hieher: **L. 6 D.** de custodia reorum (**48. 3**): ne quid et aliud postea tale facere moliatur; **L. 20. Cod.** de furt. (**6. 2**): ne ex hujusmodi impunitate et in alium servum, qui posset corrumpi, hoc facere pertentet; **L. 14 Cod.** de poenis (**9. 47**): si operis publici temporalis poenae sententia praefinitus necdum excessit dies, hunc expectari convenit, quum non remitti poenam facile publice intersit, ne ad maleficia temere quisquam prosiliet.

Auch in den Schriften englischer, französischer und italienischer Rechtsphilosophen und Criminalpolitiker, vor und nach Grolman, findet sich die Prävention als Zweck der Strafe allein (als Hauptzweck), oder in Verbindung mit andern Zwecken ausgesprochen, z. B. bei Servin, Legraverend, Rossi, Beccaria, Filangieri, Renazzi, Cremani, Gambini, Hobbes, Blackstone ꝛc.; und unter den deutschen Schriftstellern bei Malblanc, Schaumann, Stübel, v. Almendingen (welche beide letzteren indeß später zurücktraten), Kleinschrod, Tittmann und Andern.

Gleichwohl muß aus denselben Gründen, aus welchen Feuerbach als eigentlicher Begründer der psychischen Zwangstheorie (der Theorie der Abschreckung durch das Strafgesetz) erscheint (§. 33), auch Grolman als eigentlicher Begründer der Präventionstheorie in ihrer vollen und consequenten Entwickelung bezeichnet werden — so wenig dieß auch der bescheidene Mann zugeben wollte, welcher darüber in seinem Magazine für Philosophie des Rechts, Thl. 1 Stück 3 S. 241, äußerte: „Man ist übrigens undankbar, vorzüglich gegen Kleinschrod's und Stübel's Verdienste, wenn man mich, wie hie und da geschieht, als den Erfinder der s. g. Präventionstheorie bezeichnet. Mir gebührt allenfalls nur das Prädicat eines eifrigen Vertheidigers dieser Theorie."

Eben so bescheiden über seine Leistungen, als wehmüthig über das Schicksal der von ihm mit so großer Umsicht und Selbstver-

läugnung ausgebildeten Präventionstheorie, drückt sich der treffliche Mann in der Vorrede zur zweiten Auflage seiner Grundsätze der Strafrechtswissenschaft, Gießen 1805 (die erste erschien im J. 1798) dahin aus:

„Ich gehöre unter den Schriftstellern über das Criminalrecht nicht, wie vor kurzem unser Thibaut von sich sagen konnte, zu denjenigen, welche nichts zu bereuen und nichts zu vertheidigen hätten. Des zu Bereuenden hatte ich so viel, daß ich mich genöthigt fand, die neue Auflage in ein neues Buch zu verwandeln. Zu vertheidigen habe ich — was man allgemein für verzweifelt, für gar keine Vertheidigung zulassend hält — mein früheres System „seinen wesentlichen Bestimmungen nach". Ich muß gestehen, daß anfangs der ziemlich verbreitete Glaube an das Verzweifelte meiner Sache die Ruhe nicht zu erschüttern vermochte, mit welcher ich, von Tage zu Tage nur lebhafter von der Richtigkeit des Wesentlichen in meinen Ansichten überzeugt, ihre Vertheidigung vorbereitete. Mußte ich mir doch selbst gestehen, daß es mir, nach so lange fortgesetztem Nachdenken, noch nicht gelungen sey, meine Ansichten „in der Form" darzustellen, welche ihnen neben den scharfsinnigen und gründlichen Entwickelungen meines Freundes Feuerbach zu stehen erlaubte: wie konnte ich mich wundern, daß das Publicum dem glänzenden Scharfsinn eines Mannes huldigte, dem ich mit gleichem Scharfsinn zu begegnen, vielleicht überhaupt unfähig bin."

„Als ich aber auch die denkendsten Köpfe die Präventionstheorie verdammen sah, als von Almendingen seine frühere Vertheidigung dieser Theorie öffentlich bereuete, als Stübel selbst öffentlich die Theorie verwarf, auf welche er mich geführt hatte, als ich endlich gar von den Revisoren des Criminalrechts in der Leipziger Literaturzeitung meinen Freund Tittmann darum öffentlich bemitleidet sehen mußte, weil er noch einzig einer Theorie anhänge, von welcher man nicht einmal mehr zu reden brauche — da ergriff mich, ich kann es nicht bergen, ein schmerzlich beunruhigendes Gefühl. Es mußte der Gedanke mich niederschlagen, daß das Publicum meine Vertheidigung dieser Theorie nur für das Product des, besseren Ueberzeugungen (d. h. der

psychischen Zwangstheorie) mit Hartnäckigkeit den Eingang verwehrenden Eigendünkels, und mich für zu klein halten werde, um mit der von dem Gefühle wahrer Größe zeugenden Resignation dem höheren Verdienste Feuerbach's willig die Krone zu reichen."

Wer wollte nicht hiernach den trefflichen Mann von Herzen lieb gewinnen, und ihm zugleich zum Dank verpflichtet seyn, daß er, aller jener Entmuthigungen ungeachtet, auf der von ihm als richtig erkannten Bahn beharrte, um der gefährlichen Verbreitung der criminalpolitischen Grundsätze seines Freundes, aber wissenschaftlichen Gegners, Feuerbach nach besten Kräften entgegenzuwirken? Wie sehr ihm dabei die Wahrheit, und nur diese, am Herzen lag, das zeigt die mehrfache Umarbeitung seines Systems, bis dasselbe in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs diejenige Vollendung erhielt, der es überhaupt fähig war. Nur in formeller Hinsicht vermißt man dabei, wie Grolman selbst offen bekannte, jene bündige Kürze, Klarheit und Schärfe der Darstellung, durch welche sich Feuerbach's Lehrbuch in so hohem Grade auszeichnet. Ja, man kann nicht umhin, seiner letzten Darstellung eine gewisse Ungelenkigkeit und Schwerfälligkeit, und dadurch theilweise Unklarheit vorzuwerfen, wodurch sie sich unverdient selbst in den Schatten stellte, und ihrer weiteren Verbreitung schadete. Um daher ein richtiges Urtheil über Grolman's Ansichten, wie über seinen klaren Verstand und hohen Scharfsinn, zu gewinnen, muß man seine Abhandlung: „Ueber die Prävention" im Magazin für Philosophie des Rechts, Thl. 1 Stück 3 (Gießen 1800), und seine Schrift: „Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung (Gießen 1798)" hinzuziehen, aber freilich mit Vorsicht, weil diese durch größere Klarheit und Scharfsinn ausgezeichneten Schriften in der Mitte zwischen der ersten und letzten Darstellung liegen — gleichsam die zweite Deduction bilden, aus welcher jene zuletzt hervorging. Namentlich zeigt sich Grolman hier noch sehr befangen in Fichte's strafrechtlichen Ideen, die er später völlig wieder verließ, dafür aber, geschreckt durch Feuerbach's stets erneuerte Angriffe, der Androhungstheorie noch bedeutendere Einräumungen machte, als er

ihr bereits gemacht hatte. Aber zu der Abschreckungstheorie (man möchte sagen: General-Abschreckungstheorie, weil auch Grolman's Präventionstheorie eine Abschreckungstheorie ist) überzugehen, davon hielt ihn sein innerstes Rechtsgefühl zurück. Denn er suchte rechtliche, und keine bloß criminalpolitischen Grundsätze für den Maaßstab der Strafe.

Zwar meint Bauer, die Warnungstheorie ꝛc. S. 353: „Grolman habe dadurch, daß er später die Abschreckung Aller durch die gesetzliche Verkündigung der Präventionsstrafe für nothwendig erklärte, die reine Präventionstheorie verlassen, und ein aus der Präventions- und Androhungstheorie zusammengesetztes (coalirtes) System aufgestellt, was zu inneren Widersprüchen führe, weil das Alle abschreckende Strafgesetz einen ganz andern Maaßstab für die Bestimmung der Strafe habe, als das nur auf Prävention des Uebertreters beruhende Strafgesetz." Allein vorerst ist nicht einzusehen, wie ein strafrechtliches System, welches auf der Idee der Prävention beruht, d. h. den Uebertreter durch die Strafe von neuen Uebertretungen abschrecken will, damit (mit der Spezial-Prävention, Spezial-Abschreckung) nicht auch die General-Prävention, d. h. die Androhung der nach jenem Prinzipe verwirkten Strafe sollte verbinden können, um dadurch auch von der ersten Uebertretung, kurz um Jedermann zum voraus abzuschrecken (General-Abschreckung). Denn ihrem Wesen nach bleibt eine solche Theorie immer Eine, nämlich eine Präventions- oder Sicherungstheorie im weitesten Sinne. Sodann aber kann hinsichtlich des Maaßstabes der Strafe kein Widerspruch entstehen, wenn, wie Bauer selbst ganz richtig im Sinne Grolman's bemerkt, der Inhalt der Strafdrohung nur die Präventionsstrafe, also nicht Feuerbach's Abschreckungsstrafe, seyn soll und kann. Sonst müßte auch Bauer's eigne Theorie an inneren Widersprüchen leiden, d. h. zu einem doppelten Strafmaaße führen, obwohl er den Maaßstab der Strafe nicht aus der Warnung, als Zweck der Strafdrohung, sondern vielmehr aus dem Rechtsgrunde der Strafe ableitet. Und gerade so verfährt auch Grolman, indem er die Rechtmäßigkeit der Strafe auf das Präventionsrecht gründet, und diesen Grund der Strafe

für den Maaßstab derselben benutzt, nur daß die solchergestalt zu verhängende Strafe vorher angedroht werden soll, damit den Staat nicht der Vorwurf treffe, dieses, sofern es nur gerechte (Präventions-Strafen) androht, rechtmäßige und zugleich zweckmäßige Mittel versäumt zu haben.

Doch es ist nunmehr Zeit, Grolman selbst reden zu lassen, und zwar nach seiner letzten Deduction, deren Unklarheiten durch die, wo es nöthig schien, gegebenen Erläuterungen gehoben seyn dürften.

§. 75.

1. Grolman.

„Die Idee eines rechtlichen Zustandes — heißt es in seinem Lehrbuch ꝛc. §. 1 — fordert, daß ein Jeder auf das Entferntbleiben rechtsverletzender Handlungen seiner Nebenmenschen solle rechnen können."

„Dieses ist, da der Wille die Handlungen des Menschen leitet, nur dann möglich, wenn man darauf rechnen kann, daß der Wille des Menschen in allen Momenten gegen das Unrecht und für das Recht werde bestimmt werden."

„Dieses aber ist nur dann möglich, wenn man darauf rechnen kann, daß der Wille der Menschen in allen Momenten „genügende Motive" gegen das Unrecht finden werde."

„Derjenige, von welchem es „gewiß" ist, daß bei ihm nicht auf die Wirksamkeit genügender Motive gegen unrechtliche Willensbestimmungen zu rechnen sey, befindet sich daher „in einem wirklichen Widerspruch" gegen die Forderungen der Rechtsidee, und was „zur Entfernung jenes Widerspruchs" gehört, das muß als zu den Forderungen dieser Idee zusammenstimmend gedacht werden."

(Die Idee des Rechtszustandes gebietet, daß Niemand in seinen Rechten verletzt werde. Soll aber Niemand in seinen Rechten verletzt werden, so muß der Wille eines Jeden fortwährend gegen das Unrecht und für das Recht gestimmt seyn. Als nicht gestimmt gegen das Unrecht ist aber derjenige zu betrachten, dem, oder dessen Willen es an genügenden Motiven gegen das Unrecht

fehlt; und so oft dieser Mangel der Willensstimmung gewiß ist, muß das dadurch entstehende Hinderniß der rechtlichen Freiheit — des Rechtszustandes — beseitigt werden, weil das Rechtsgesetz keinen ihm widersprechenden Zustand dulden kann.)

„(§. 2.) Aus welchen Gründen der Wille der Menschen auf die der Rechtsgesetzgebung gemäße Art bestimmt werde, das ist, um sich einen gesicherten Zustand allgemeiner äußerer Freiheit als begründet denken zu können, „gleichgültig." Kein „mögliches" Motiv ist daher der Rechtsgesetzgebung entgegen und durch sie ausgeschlossen. (Moralität, heißt es in der Anmerk., als Uebereinstimmung der inneren Handlung (Gesinnung) mit den Forderungen der practischen Vernunftgesetzgebung, ist daher in der Rechtslehre überhaupt, und so auch in dem Criminalrechte, ohne Bedeutung.)"

„(§. 3.) Zwang, als äußeres Motiv zur Willensbestimmung und zum Handeln, ist daher nicht nur der Rechtsgesetzgebung nicht zuwider (§. 1.), also rechtlich, sondern es kann sogar, da auf die „innere reine Triebfeder" eben so wenig, als auf die äußere Triebfeder der „Belohnungen" im Allgemeinen gerechnet werden kann, nur darin, daß jedem Widerspruch gegen die Forderungen eines rechtlichen Zustandes das Motiv des Zwanges entgegenstehe, eine mögliche Garantie für das Bestehen des rechtlichen Verhältnisses gefunden werden."

(Es ist nach der Idee des Rechtsgesetzes, im Gegensatz von dem Sittengesetze, „gleichviel", auf welchem Motive oder auf welcher Triebfeder das, von dem Rechtsgesetz gebotene, fortwährende Gestimmtseyn gegen das Unrecht und für das Recht beruht; daher reicht hier schon ein äußeres Motiv hin. Ein solches äußeres Motiv ist der Zwang, welcher nicht nur rechtlich ist, weil er nach dem Obigen dem Rechtsgesetze nicht widerstreitet, sondern auch als „Bedingung" der Erhaltung des Rechtszustandes betrachtet werden muß, weil auf die Moralität der Gesinnung nicht gerechnet werden kann, und Belohnungen, welche zum Zweck des Wohlverhaltens — zur Aufmunterung im Guten — ertheilt werden könnten, eben so wenig ausreichen würden.)

„(§. 4.) Da der Idee des rechtlichen Zustandes nicht bloß

die wirkliche Rechtsverletzung, sondern auch die „Gewißheit", daß man bei einem Menschen nicht auf das Daseyn genügender Motive gegen unrechtliche Willensbestimmungen rechnen könne (§. 1), widerspricht: so kann der zur Erhaltung des Rechtszustandes erlaubte und nothwendige Zwang (§. 3) keineswegs darauf beschränkt seyn, durch Aufhebung des aus der Rechtsverletzung (Beschädigung) entspringenden „Schadens", die Integrität der Rechte wieder herzustellen (Entschädigungs-Zwang zur Vindication nebst Leistung des Interesses, oder zu Leistung eines Aequivalents); sondern es muß derselbe auch die Aufhebung der aus dem Mangel einer begründeten Rechnung auf rechtliche Willensbestimmung der Menschen (Uebertreter) hervorgehenden „Gefahr" zu seinem Gegenstande haben (Sicherungs-Präventions-Defensions-Zwang)."

„(§. 5.) Da die durch den Defensionszwang zu entfernende Gefahr in dem Grade (dem Grade nach) verschieden seyn kann, und in wahre „Noth" übergeht, wenn, aus dem Mangel der Willensbestimmung für rechtliches Handeln, der Entschluß zu einer bestimmten Rechtsverletzung zur Ausführung gereift ist: so kann auch der Defensionszwang bald als Mittel zur Aufhebung des bezeichneten „Nothzustandes" (Zwang zur Nothwehr), bald als Mittel zur Vernichtung einer „entfernteren Gefahr" erscheinen (Defensions-Präventionszwang im engeren Sinne)."

(Das Rechtsgesetz gestattet nicht nur einen der Rechtsverletzung nachfolgenden Zwang, Entschädigungszwang im weiteren Sinne, d. h. mit Einschluß des Vindicationszwanges; sondern auch, um der Erhaltung der allgemeinen rechtlichen Freiheit willen, einen zuvorkommenden Zwang, Präventionszwang im weiteren Sinne, welcher auf Abwendung einer bevorstehenden Gefahr vor Rechtsverletzungen gerichtet ist, vorausgesetzt, daß „Gewißheit" einer solchen Gefahr vorliegt. Eine — gewiß — bevorstehende Gefahr vor Rechtsverletzungen kann entweder eine ganz nahe, oder eine entferntere seyn, und danach zerfällt jener Zwang in den Zwang zur Nothwehr, und in den Präventionszwang im engeren Sinne.)

„(§. 6.) Rechtlich begründet wird (diesemnach) der Präventionszwang dadurch, daß man auf das, für das rechtliche

Verhältniß erforderliche (§. 1) Daseyn genügender Motive gegen unrechtliche Willensbestimmungen bei einem Menschen nicht rechnen kann, und dieser daher, so lange dieser Zustand unverändert bleibt, als stets Gefahr drohend (§. 4, 5) erscheint."

„Die Gewißheit, daß auf die Wirksamkeit genügender Motive gegen unrechtliche Willensbestimmungen nicht zu rechnen sey, kann sich entweder aus der Natur eines Zustandes, in welchem der Mensch „der Fähigkeit zu freien Willensbestimmungen überhaupt" beraubt ist, entwickeln, oder aus dem wirklichen Handeln des „zu freien Willensbestimmungen Fähigen" hervorgehen (Anm.: In jenem Falle erscheint der Mensch als bloß physisches, in diesem als freies — willkürliches — Hinderniß der Freiheit). Da nämlich, wenn die Voraussetzung, daß man bei einem zu freien Willensbestimmungen fähigen Menschen auf die Wirksamkeit genügender Motive gegen widerrechtliche Willensbestimmungen rechnen könne, sich als gegründet bewähren sollte — es gänzlich unmöglich seyn würde, daß je eine wirkliche rechtswidrige Willensbestimmung dieses Menschen entstände: so liegt in jeder willkürlichen, versuchten oder vollendeten, Rechtsverletzung der „unzweideutige Beweis" des Daseyns des rechtlichen Grundes zum Präventionszwange, und dieser ist daher bei jeder vollendeten Rechtsverletzung sowohl, als bei jedem Conat einer solchen, selbst dann noch rechtlich begründet, wenn schon dort von dem Entschädigungszwange, hier von dem Zwange zur Nothwehr Gebrauch gemacht worden ist, insofern man nämlich durch die hiezu gebrauchten Mittel weiter nichts als den Zweck der Entschädigung, oder der Abwendung der Noth erreicht hat."

(Der Präventionszwang setzt Gewißheit des Mangels einer fortdauernden Stimmung gegen das Unrecht, oder mit andern Worten: Gewißheit einer Gefahr vor künftigen Rechtsverletzungen, voraus. Diese Gewißheit wird erkannt entweder aus dem Zustande der Unfreiheit (Willenlosigkeit) eines Menschen, oder aus der rechtswidrigen Handlungsweise eines freien (zurechnungsfähigen) Menschen. Eine solche Handlungsweise dient nämlich zum unzweideutigen Beweise, daß es dem Handelnden an der, vom Rechtsgesetze geforderten, fortdauernden Stimmung gegen

das Unrecht und für das Recht fehlt, weil, wenn er diese Stimmung gehabt hätte, er, als freies Wesen, nicht rechtswidrig hätte handeln können. Eine rechtswidrige Handlung ist aber nicht nur die vollendete Rechtsverletzung (Beschädigung), sondern auch der Versuch zu einer solchen; und da in beiden Fällen die rechtswidrige Stimmung des Handelnden wieder aufgehoben (sein rechtswidriger Wille legalisirt) werden soll, so ergiebt sich daraus, daß der Präventionszwang außer und neben dem Entschädigungszwange, beziehungsweise dem auf Kosten des widerrechtlichen Angreifers ausgeübten Nothwehrzwange, in Anwendung kommen muß. Kurz: weder Schadensersatz (bei vollendeter Rechtsverletzung), noch Gebrauch der Nothwehr (bei versuchter Verletzung) schließen den Präventionszwang im engeren Sinne aus, weil derselbe eine noch bestehende gewisse Gefahr aufheben soll. — Nachdem Grolman auf diese Weise „den Rechtsgrund" der Prävention nachgewiesen hat, geht er zur Entwickelung des „rechtlichen Zwecks" derselben in folgender Weise über:)

„(§. 7.) Der rechtliche Zweck des Präventionszwanges ist: durch Aufhebung seines Grundes den Zustand der Gefahrlosigkeit wiederherzustellen. Dieser Zweck kann erreicht werden:

„1) durch die Aufhebung der „physischen Möglichkeit", Rechtsverletzungen zu begehen (absolute Sicherungsmittel);

„2) durch „Abschreckung". Da der Mensch nämlich, als sinnliches Wesen, durch die Vorstellung des Angenehmen zum Begehren, durch die Vorstellung des Unangenehmen zum Fliehen ihres Gegenstandes bestimmt wird: so kann dadurch, daß man jene oder diese Vorstellung zu der „stärkeren" erhebt, der Mensch zu Willensbestimmungen angelockt, und von denselben abgeschreckt werden. Er wird daher auch von der Aeußerung eines nicht legalen Willens abgeschreckt werden, wenn die mit der Aeußerung verknüpften Uebel die Vorstellung der unangenehmen Folgen derselben zur „überwiegenden" erheben."

„Das Präventionsmittel kann nur gegen „willkührlich" Gefahr Drohende gebraucht werden, und wird hier „in der Regel" darum rechtlich gebraucht werden müssen, weil kein Zwangsübel weiter, als es für seinen Zweck nothwendig ist, gerechtfertigt

werden kann, im Allgemeinen aber es an sinnlichen Uebeln nicht fehlt, durch welche man die Vorstellung der übeln Folgen der Illegalitäten zur überwiegenden zu erheben vermag."

„Die absoluten Sicherungsmittel zur Prävention dagegen sind die einzigen, welche dem bloß „physischen" Hindernisse der Freiheit entgegengesetzt werden können; gegen „willkürliche" Störer der Freiheit aber werden sie nur alsdann gebraucht werden können, wenn, in außerordentlichen Fällen, nach unserer Erfahrung über den Menschen, keine sichere Rechnung auf die Wirksamkeit der abschreckenden Mittel möglich ist."

(Es giebt einen doppelten Präventionszwang, einen physischen, und einen psychischen. Jener soll den willkürlich Gefahr Drohenden absolut oder völlig unschädlich machen; dahin gehören Todesstrafe, lebenslängliche Einsperrung, Verbannung auf eine einsame Insel ꝛc. Dieser hingegen soll ihn abschrecken, was durch sonstige Uebel bewirkt werden kann. Der Unterschied zwischen beiden ist ein doppelter. Vorerst findet der physische Präventionszwang gemeinschaftlich auf willenlose Subjecte (Geistes-, Gemüthskranke Personen), und auf willkürliche Störer der rechtlichen Freiheit Anwendung; hingegen der psychische Präventionszwang nur auf letztere. Sodann bildet — willkürliche Verletzungen vorausgesetzt — jener die Ausnahme, dieser hingegen die Regel, und zwar darum, weil nicht nur mit Rücksicht auf die sinnliche Natur des Menschen und die dem Staat zu Gebote stehenden mannigfachen Uebel, in der Regel psychische (Abschreckungs-) Zwangsmittel ausreichen werden; sondern auch, weil der Zwang nicht weiter gerechtfertigt werden kann, als für seinen Zweck — Aufhebung der Gefahr vor künftigen Verletzungen — unumgänglich nothwendig ist. Der, diesemnach die Regel bildende, psychische Präventionszwang soll die Vorstellung des Unangenehmen (der Unlust) zu der „stärkeren", zur „überwiegenden" erheben, weil sonst eine Abschreckung des Uebertreters, als sinnlichen Wesens, nicht möglich wäre — was freilich zu Steigerungs- mithin zu ungerechten Strafen im Sinne Feuerbach's zu führen scheint, allein nach Grolman nicht führt, weil er jene Wirkung schon einer (in seinem Sinne) gerechten oder proportionirten Strafe

beilegt. Nunmehr geht derselbe zur Nothwendigkeit einer zweiten Abschreckung, nämlich Aller durch das Strafgesetz, in folgender Weise über:)

„(§. 8.) Obgleich der bisher entwickelte Präventionszwang, insofern er gegen „willkürlich" Gefahr Drohende gerichtet ist, nur durch die, versuchte oder vollendete, willkürliche Rechtsverletzung rechtlich begründet wird (§. 6): so läßt sich doch leicht einsehen, daß die von dem rechtlichen Bewußtseyn des Menschen unzertrennliche Vorstellung dieses rechtlichen Zwanges, insofern dieselbe durch keine Nebenvorstellungen geschwächt wird, „schon zum Voraus" die nämliche Wirkung auf das Begehrungsvermögen haben müßte, welche der durch seine „Ausübung" erzeugten Vorstellung zugeschrieben werden kann. In „jedem Momente", in welchem das rechtliche Bewußtseyn nicht erloschen ist, muß sich mit der Vorstellung der sinnlichen Lust an oder aus der illegalen Handlung die Vorstellung der „größeren" sinnlichen Uebel verbinden, welche der Andere als Folge an die illegale Handlung zu knüpfen befugt ist; und so muß der Präventionszwang „in jedem Momente" präveniрend wirken, und das Bestehen des rechtlichen Zustandes verbürgen. (Anmerk.: Insofern kann man allerdings sagen, daß die Strafe, wenn in ihr eine Garantie des rechtlichen Zustandes gefunden werden solle, durch ein „Gesetz" an die illegale Handlung geknüpft seyn müsse. Dieß ist sie wirklich dadurch, daß der Präventionszwang als rechtlicher — der Rechtsgesetzgebung entsprechender — Zwang nachgezeigt worden ist.)"

(Der Präventionszwang setzt zwar nach der bisherigen Ausführung eine verübte, vollendete oder versuchte, Rechtsverletzung voraus. Da aber derselbe in seiner Anwendung auf den Uebertreter die Vorstellung einer „überwiegenden" Unlust erzeugen, d. h. ihn von neuen Verletzungen abschrecken soll, und dazu auch geeignet ist: so muß die Vorstellung einer „überwiegenden" Unlust die gleiche Wirkung auch vor der (ersten) Verübung einer Rechtsverletzung äußern — wonach Grolman, freilich auffallend genug, erst durch einen Schluß von der Spezial- zur Generalprävention, oder, wie man auch sagen kann, von der Spezial-Abschreckung

zur Generalabschreckung gelangt. Diese Vorstellung einer überwiegenden Unlust vor der Uebertretung wird durch die gesetzliche Ankündigung — Androhung — des verwirkten Präventionszwanges erzeugt; und da der „Andere", von welchem im Text die Rede ist, in der Anmerkung zum „Gesetzgeber" wird, so ist der Sinn der: der Gesetzgeber soll jene Zwangsmittel zum Voraus Jedermann ankündigen. Und dazu ist derselbe nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, weil zur Erhaltung des Rechtszustandes (der allgemeinen rechtlichen Freiheit) jedes „rechtliche" Mittel geboten wird, wenn aber, wie nachgewiesen wurde, der Präventionszwang rechtlich ist, auch die vorherige Ankündigung oder Androhung desselben durch das Gesetz „rechtlich zulässig" seyn muß. Kurz, die Generalprävention ist nicht bloß, wie Grolman früher annahm, zweckmäßig, sondern um der Erhaltung der Rechtsordnung willen nothwendig, also wesentlich.)

„(§. 9.) Präventionsübel, gegen willkürliche Störer des rechtlichen Verhältnisses (des Rechtszustandes) gebraucht, nennt man (d. h. die Anhänger der Präventionstheorie) rechtliche Strafen, welche demnach theils abschreckende, theils absolute Sicherheitsstrafen sind (§. 7). Das Recht, dem Störer der rechtlichen Freiheit durch Präventionsübel zu begegnen, ist das Strafrecht, welches durch die aus dem Bewußtseyn des Rechtsgesetzes sich erzeugende Vorstellung seiner Existenz, sich als Strafdrohung ankündigt. Anmerk. 1. (zu dem Worte: „rechtliche Strafen"): Die durch den Sprachgebrauch bestimmten Charactere des Begriffs Strafe enthalten nichts, was uns verböte, Präventionsübel mit diesem Worte zu bezeichnen. Im entgegengesetzten Falle würde der Begriff der Strafe aufhören müssen, auf juridische Realität Anspruch zu machen, weil es, außer den entwickelten Arten des Zwangsrechts, nämlich Entschädigungszwang im weiteren Sinne, Nothwehrzwang, und Präventionszwang im engeren Sinne, keine weiteren geben kann, die beiden ersteren aber keine Subsumtion unter jenen Begriff zulassen. Anmerk. 2. (zu dem Worte: „Androhung"): In dieser, im §. 8 näher entwickelten Ansicht (d. h. in der „Nothwendigkeit" einer Abschreckung durch das Strafgesetz, welches aber zu seinem Inhalte nur Präventions- nicht psychische

Zwangsstrafen hat) dürfte vielleicht der Vereinigungspunct meiner Theorie mit der Theorie Feuerbach's und von Almendingen's liegen.)"

(Mit der „Nothwendigkeit" einer Strafandrohung, wozu ein Gesetzgeber, also ein Staat vorausgesetzt wird, scheint Grolman die Idee eines s. g. natürlichen Strafrechts, d. h. eines Strafrechts im s. g. Natur- oder außerstaatlichen Stande, aufgegeben zu haben. Dieß ist indeß nicht der Fall. Er theilt nicht einmal die Ansicht v. Almendingen's (so lange dieser noch der Präventionstheorie angehörte) in der Bibliothek für peinl. Rechtswissenschaft, Thl. 1 Stück 3 S. 299 fg. und 306, daß es zwar außer dem Staate einen Präventions- (wie einen Nothwehr-) Zwang gebe, dieser Präventionszwang aber erst im Staat und durch den Staat zum Straf-Zwange werde; sondern der Staat ist ihm nur die Bedingung der rechtlichen (rechtsgemäßen) Realisirung des Präventionszwanges, was er so ausführt:)

„(§. 10.) Da für die Ausübung des rechtlichen Zwanges physische Uebermacht Bedingung ist, welche doch nicht auf der Seite eines jeden Berechtigten seyn kann; da ferner die Verschiedenheit der individuellen Ansichten über das Daseyn der Bedingungen zur Ausübung des Zwangsrechts, und über die rechtlichen Gränzen desselben zu unauflöslichen Rechtsstreiten hinführen müßte: so folgt, daß in einem Zustande, wo das Individuum isolirt neben dem Individuum gedacht wird, die nothwendigen Bedingungen zur „Ausführbarkeit" des Rechtsgesetzes nicht zu finden seyen."

„Sollen diese Bedingungen herbeigeführt werden, so muß, durch Verbindung der Individuen, eine Gesellschaft organisirt werden, in welcher volle Einheit des Rechtsurtheils begründet, und die Realisirung dieses Urtheils in jedem Falle durch unüberwindliche, ihm zur Seite stehende physische Macht verbürgt wird. Diese Aufgabe wird durch die Constituirung eines „Staats" gelöst."

„(§. 11.) Durch die Constituirung des „öffentlichen Richteramts" führt der Staat Einheit des Urtheils über die Frage: ob und in wiefern Zwang auszuüben sey? herbei. Durch die Con-

stituirung der „öffentlichen Beistandsmacht“ sichert er diese Ausübung gegen die Hindernisse der Privatgewalt der zu Zwingenden.“

„So wird denn auch die Ausführbarkeit „des Strafzwanges“, und mit ihr die Erhaltung des rechtlichen Verhältnisses (des Rechtszustandes) in dem Staate, durch die Einführung der beiden bezeichneten Anstalten möglich gemacht.“

„Soll indeß der Mensch nicht genöthigt werden, bei der Unterwerfung unter das, zum Voraus nicht erkennbare Urtheil des öffentlichen Richters, „sich blinder Willkür hinzugeben“, und dieser seine Freiheit, welche er durch jene Unterwerfung sichern will, zu opfern; soll ferner selbst das Urtheil des Richters über die Nothwendigkeit des, in jedem einzelnen Falle auszuübenden Strafzwanges gegen die nicht immer verwerflich erscheinende Entschuldigung des einzelnen zu Strafenden, daß er sich in seinem Bewußtseyn nicht als willkürlicher Rechtsverletzer erscheine, gesichert werden: — so muß der Staat zu den bezeichneten, für volle Rechtssicherung aus den angegebenen Gründen ungenügenden Anstalten, noch eine andere hinzufügen, welche, indem sie die Urtheile des Richters „zum Voraus erkennbar“ macht, zugleich den Richter dasjenige, was in dem Bewußtseyn des Individuums als strafbare Rechtsverletzung erscheinen müsse, erkennen läßt.“

(Es bedarf einer „solchen Anstalt“, wie sie Grolman nennt, zu einem doppelten Zweck. Vorerst: um der Willkür des Richters einen Damm entgegenzusetzen, weil sonst die Menschen von einer Willkür — im Naturstande — in die andere — im Staat — kurz von der Scylla in die Charybdis verfallen würden. Zweitens: um bei Jedermann das Bewußtseyn oder die Vorstellung der Strafbarkeit rechtswidriger Handlungen, über welche bei Einzelnen leicht Irrthum bestehen kann, zu erzeugen, und dadurch die volle (ungeschmälerte) Anwendung der richterlichen Gewalt gegen dergleichen, nicht immer verwerflich erscheinende Entschuldigungen zu sichern — was mit andern Worten Aufstellung einer Präsumtion der Kenntniß der Strafgesetze ist. Denn, daß unter der hier noch nicht näher bezeichneten „Anstalt“ die Strafgesetze gemeint sind, wird sich sogleich ergeben, obwohl sie bereits oben,

aber freilich in einer andern Richtung, nämlich als General-Abschreckungsmittel, vorkamen. Grolman fährt nämlich weiter so fort:)

„(§. 12.) Dieses geschieht durch die Bekanntmachung des Strafgesetzes. Indem es die Vorstellung der Strafbarkeit gesetzwidriger Handlungen in dem Bewußtseyn eines Jeden, welcher sich ihm unterworfen hat, mit Bestimmtheit erzeugt, liegt zugleich in dem Urtheile, welches in ihm zum Voraus über alle künftigen Fälle erklärt wird, ein fester Damm gegen die Willkür der Richter."

„(§. 13.) Aus dieser Darstellung des Strafgesetzes ist es klar, daß durch dasselbe die Ausübung des Strafrechts im Staat „im Allgemeinen" nicht bedingt sey. So wie in einem Staate, der, in der Periode seiner ersten Kindheit, „nur Richter", keine Gesetze hätte, dennoch die in dem Gefühle eines Jeden als Rechtsverletzungen erscheinenden Handlungen strafbar seyn würden: so müssen sie es auch in dem Staate seyn, welcher in der „unvollkommenen Gesetzgebung" noch nicht alle diese Fälle umfaßt hat. Aber freilich wird diese Strafbarkeit ohne Gesetz auf solche Handlungen, in Ansehung welcher die Entschuldigung: ihre Strafbarkeit nicht gekannt zu haben, offenbar als affectirt erscheint, beschränkt seyn müssen, indem sonst nur die Existenz des Strafgesetzes die Ueberzeugung, daß sie in dem Bewußtseyn des Handelnden von der Vorstellung der Strafbarkeit begleitet gewesen seyn müßten, gewähren kann."

(Hiernach sind zu unterscheiden, Erstlich: Staaten, in welchen zwar öffentliche Richter, aber noch keine Strafgesetze bestehen. Zweitens: Staaten, in welchen öffentliche Richter und Strafgesetze, aber noch nicht vollständige oder erschöpfende Strafgesetze bestehen. Sowohl hier, wie dort, kann ungeachtet der mangelnden Strafdrohung gestraft werden, weil es an dem — regelmäßig vorhandenen — Bewußtseyn der Rechtswidrigkeit der Handlung genügt, weshalb aber auch nur solche Handlungen bestraft werden dürfen, die sich dem allgemeinen Bewußtseyn als rechtswidrig ankündigen, nicht auch solche, deren Strafbarkeit erst auf dem positiven Strafgesetze beruht. Insofern kann eine Strafgewalt sehr wohl auch ohne Strafgesetze gedacht werden — worin sich

Grolman wesentlich von Feuerbach unterscheidet, welcher die Begriffe von Verbrechen und Strafe erst aus dem positiven Strafgesetze ableitet. Nur freilich kann „eine Theorie des Strafrechts und der Strafgesetzgebung" des Strafgesetzes nicht entbehren, weil erst durch dieses vollständig Alles das erreicht werden kann, was den Anforderungen eines Rechtszustandes unter Menschen entspricht. Denn das Strafgesetz sichert durch Abschreckung Aller, schützt gegen Richterwillkür, und sichert die volle oder ungeschmälerte Anwendung der richterlichen Gewalt.)

„Eben so wenig bedarf es eines, das Maaß der Strafe „bestimmt" androhenden Gesetzes, um die zuzufügende Strafe in Hinsicht des Grades zu rechtfertigen. Es ist sogar wahrscheinlich, daß das unbestimmte Strafgesetz öfters da seinen Zweck nicht verfehlen werde, wo das bestimmte bei dem einzelnen Individuum nicht vermögend ist, die Vorstellung der unangenehmen Folgen der Handlung zur überwiegenden zu erheben; und es ist einzig die Rücksicht auf die „nothwendige Beschränkung der richterlichen Willkür", welche den Staat, selbst auf die Gefahr hin in einzelnen Fällen seinen Zweck zu verfehlen (nicht abzuschrecken), bewegen muß, der bestimmten Strafgesetzgebung (bestimmten Strafgesetzen) den Vorzug zu ertheilen, und durch sie bei der gerade hierin so schwer zu erreichenden Vollkommenheit, wenigstens in den wichtigsten Fällen, die hier so besonders gefährliche Unbeschränktheit des richterlichen Ermessens zu entfernen."

(Eben so wenig bedarf es zum Zweck der Abschreckung nothwendig bestimmter Strafgesetze, d. h. solcher, welche die Art und den Grad der Strafe für jede einzelne Rechtsverletzung zum Voraus bestimmen. Denn es läßt sich aus psychologischen Gründen eher umgekehrt behaupten, daß unbestimmte (arbiträre) Strafgesetze, welche den Maaßstab der Strafe lediglich der Beurtheilung des Richters überlassen, ihrer Unbestimmtheit wegen mehr abzuschrecken geeignet sind, als jene. Allein, selbst auf die Gefahr, daß dadurch dem Zweck der allgemeinen Abschreckung Abbruch geschehe, bedarf es wenigstens für die wichtigsten Fälle bestimmter Strafgesetze, weil Sicherung der Unterthanen gegen Richterwillkür eine wichtigere Rücksicht ist, als General-Abschreckung).

„(§. 14.) So bleibt denn auch bei der Strafgewalt des Staats das Strafrecht „Präventionsrecht", und der Zweck der (zuzufügenden) Strafe Abschreckung des zu Strafenden, oder (sofern es sich von absoluten Sicherheitsstrafen handelt) Unmöglichmachung künftiger Illegalitäten desselben (§. 7, §. 9)."

„(§. 15.) Dagegen wirkt die in dem Bewußtseyn, sey es nun an und für sich existirende, oder durch das Strafgesetz geweckte Vorstellung der auf die Illegalität folgenden Strafe, selbst der absoluten Sicherheitsstrafe, für jeden, welcher ein rechtliches Bewußtseyn hat und unter dem Strafgesetze steht, „abschreckend", und darum dient denn auch die wirkliche Bestrafung, obgleich die zuzufügende Strafe nur auf dem gedachten, bei dem Strafbaren zu erreichenden Zwecke berechnet ist, dazu, jene abschreckende Vorstellung bei Allen zu erhalten und zu befestigen. (Anm.: Hiernach ergiebt sich der Unterschied dieser Theorie von der Feuerbach'schen, welche gleichfalls Abschreckung als Zweck der Strafe anerkennt; ferner der Unterschied derselben von denjenigen Theorieen, denen entweder Realisirung der Idee einer Harmonie zwischen Laster und Unglück, oder der Moralität durch moralische Besserung, Zweck der Strafe ist. Hingegen juridische Besserung des Verbrechers kann allerdings als Zweck eines Theils der Strafen, nämlich der abschreckenden, angenommen werden."

(Im Staat und durch das Strafgesetz verändert das Strafrecht seinen Character als Präventionsrecht nicht. Denn Abschreckung des für die Zukunft Gefahr drohenden Uebertreters, beziehungsweise völlige Unschädlichmachung desselben — also im Allgemeinen Prävention — ist der rechtliche Zweck der „zuzufügenden" Strafe, in Verbindung mit Abschreckung Aller durch das Strafgesetz, d. h. durch die anzudrohende Präventionsstrafe. Dieser letztere Zweck (General-Abschreckung) wird durch Androhung beider Arten von Präventionsstrafen, der Abschreckungs- und der absoluten Sicherheitsstrafen, erreicht, während letztere, bezogen auf den Uebertreter, nicht Abschreckung, sondern völlige Unschädlichmachung desselben für die Zukunft zum Zweck hat. Eben so soll zwar die Strafe, in ihrer Anwendung auf den Uebertreter, nur diesen abschrecken (also Spezial-Abschreckung), be-

ziehungsweise denselben völlig unschädlich machen; allein sie wirkt zugleich (als Nebenzweck) allgemein abschreckend, weil sie eine Realisirung der auf Alle berechneten Strafandrohung ist. Endlich kann man jene Abschreckung (Spezial-Abschreckung) auch mit dem Namen der juridischen (politischen) Besserung bezeichnen, ohne daß aber das rechtliche Strafmaaß dadurch bestimmt wird.)

„(§. 16.) Der Inbegriff der rechtlichen Wahrheiten, welche die Ausübung des Strafrechts bestimmen, bildet die Strafrechtswissenschaft, oder nach der Benennung der strafbaren Handlungen, die Criminalrechtswissenschaft."

„Im Allgemeinen umfaßt sie die Lösung folgender Fragen: 1) welche Handlungen sind strafbar (strafwürdig); 2) welche Uebel können rechtlich als Strafen diesen Handlungen folgen (Qualität der Strafe); 3) wie strafbar sind die rechtlich durch Strafen zu verfolgenden Handlungen (Quantität der Strafe)? Die erste und zweite Frage wird in der Lehre von den Verbrechen und Strafen, die dritte in der Lehre von dem Verhältniß der Strafen zu den Verbrechen, oder dem Maaßstabe der Strafen beantwortet."

§. 76.

Wir brechen hier vor der Hand ab, um das rechtliche Fundament der Strafe vom Standpuncte dieser, jedenfalls sehr durchdachten und anziehenden Theorie, einer sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen. Denn sie läßt sich einmal nicht, wie häufig geschieht, kurzweg mit einigen Schlagworten von der Hand weisen, hätte vielmehr, mit Rücksicht auf ihre inneren Vorzüge, bei unsern Praktikern und Gesetzgebern mehr Anerkennung finden sollen, als Feuerbach's noch immer legislativ fortwuchernde Abschreckungstheorie.

Um das, was beide Theorieen von einander unterscheidet, von vorne herein gehörig in's Auge zu fassen, zumal da auch Grolman's Theorie auf General-Abschreckung beruht, wird es zweckmäßig seyn, beide mit einander in Parallele zu setzen, die sich aber natürlich nur so weit erstrecken kann, als die mitgetheilte Deduction, und die darin enthaltenen allgemeinen Andeutungen reichen. In welcher Weise daher beide Theorieen hinsichtlich des

Umfangs des Strafgebiets, insbesondere des Maaßstabes der Strafe, im Einzelnen von einander abweichen, muß einer späteren Ausführung vorbehalten bleiben.

Erstlich: während Feuerbach, als ausschließlicher Vertheidiger der Androhungstheorie, wozu ein Gesetzgeber, also auch ein Staat vorausgesetzt wird, ein natürliches, d. h. aufferstaatliches Strafrecht läugnet, Lehrbuch ꝛc. §. 15 Anm., und in dem, die allgemeinen Lehren des gemeinen deutschen Strafrechts enthaltenden ersten Theile seines Lehrbuchs das philosophische und das positive Strafrecht mit einander verbindet, wie wenn sie dem Inhalte nach Eins wären — unterscheidet Grolman schon in seiner ersten Deduction (1798) mit Recht einen philosophischen, und einen positiven Theil der allgemeinen Lehren, oder des s. g. allgemeinen Theils des Strafrechts. In der ersten (philosophischen) Abtheilung betrachtet er zunächst das Strafrecht, wie er sich ausdrückt, in dem allgemeinen Gesellschafts- oder in demjenigen Verhältnisse, in welchem sich der Mensch als Mensch zu seinen Mitmenschen unter der bloßen Herrschaft des Rechtsgesetzes, oder, wie er es nach Fichte nennt, des Socialgesetzes befindet; und geht dann zum Strafrecht in dem besonderen Gesellschafts- oder im Staatsverhältnisse über. Jenes nennt er das Strafrecht im aufferstaatsrechtlichen oder bloß gesellschaftlichen Zustande (Naturstande), dieses das bürgerliche Strafrecht, indem er mit Stephani den Zustand der Menschen im Staat den bürgerlichen Zustand nennt, und setzt dasselbe, als das natürliche Strafrecht im hypothetischen Sinne, dem positiven (gemeinen deutschen) Strafrechte entgegen. Diese Unterscheidung tritt auch, wie schon der Titel ergiebt, in seiner Schrift: „Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung" (1799) sehr bestimmt hervor, indem er unter dem Strafrechte das natürliche Strafrecht versteht, und dann auf das Strafrecht im Staat (die Strafgesetzgebung) übergeht. Wie richtig Feuerbach's Bemerkung a. a. O. sey, „daß diejenigen Rechtsphilosophen, denen das Strafrecht Präventionsrecht sey, diesen Umweg nicht vermeiden können", erhellt namentlich daraus, daß Grolman noch in seiner letzten Deduction, zwar nicht in so scharf ausgeprägter Weise wie früher,

sondern mehr in unvermerkten Uebergängen, aber doch der Sache nach einen Präventionszwang auſſer dem Staate (§. 1—9), und im Staate (§. 10) unterscheidet.

Zweitens: während Feuerbach, vom Standpuncte des androhenden Gesetzgebers, die Begriffe von Verbrechen und Strafe erst aus dem positiven Strafgesetze ableitet, deducirt Grolman dieselben, unabhängig von dem Daseyn eines solchen (der Strafdrohung), aus dem allgemeinen Rechtsgesetze, welches nicht bloß wirkliche, sondern auch bevorstehende Eingriffe in die Rechte Anderer untersagt, und zu deren Abwendung den Präventionszwang gestattet. Das Verbrechen ist hiernach, wie er sich in der ersten Deduction ausdrückt, Verletzung oder Bruch des allgemeinen Socialgesetzes, und Strafe ein Präventionsübel. Daß Feuerbach's entgegengesetzter Weg unrichtig sey, hat die Beurtheilung seiner und anderer Androhungstheorieen ergeben; aber man vermißt auch bei Grolman, so richtig im Allgemeinen sein Gedanke ist, die richtige Ausführung desselben.

Drittens: während Feuerbach den Begriff der Strafe als gleichbedeutend mit angedrohter Strafe, also mit andern Worten als Strafandrohung oder Strafgesetz auffaßt, bemerkt Grolman schon in seiner ersten Deduction ganz richtig, daß diese Auffassung des Strafbegriffs schon dem gemeinen Sprachgebrauche widerstreite, mithin von ihr keine strafrechtliche Deduction ausgehen könne. Er denkt sich daher die Strafe als ein Uebel, welches in Beziehung auf eine bereits verübte (als verübt gedachte) Rechtsverletzung eintreten soll, und geht erst, nachdem er diesen Begriff gewonnen hat, auf das Strafgesetz (die anzudrohende Strafe) über. Nur irrt er, wie sich später ergeben wird, darin, daß er, ungeachtet seines im Allgemeinen richtigen Standpuncts, der Strafe in ihrer Beziehung auf eine verübte (als verübt gedachte) Verletzung, gleichwohl eine Hauptrichtung auf die Zukunft giebt.

Viertens: während Feuerbach's Theorie General- und nur Generalabschreckung bezweckt, läßt Grolman zwar auch diesen Zweck des Strafgesetzes zu (ja er erklärt denselben sogar für wesentlich, weil erst durch den Hinzutritt dieses Mittels ein vollkommener Rechtszustand möglich gemacht werde); allein Haupt-

zweck der Strafe ist ihm vielmehr Spezial=Abschreckung, d. h. Abschreckung des Uebertreters von neuen Uebertretungen durch das Empfinden (Erleiden) der Strafe. Seine Theorie ist daher, wie sich die Vertheidiger der Androhungstheorie ausdrücken, ihrem Wesen nach nur eine Strafvollziehungs=Theorie — womit aber keineswegs, wie sie bezwecken, ein Tadel ausgedrückt wird, indem eine solche Theorie auf der allein richtigen Auffassung des Straf=begriffs beruht, und mit gleichem Rechte alle Theorieen, welche die Strafe auf eine verübte, mithin in der Vergangenheit lie=gende Verletzung beziehen — sie seyen relative, oder absolute Theorieen — so, aber freilich unpassend, bezeichnet werden könn=ten. Auch paßt das „nur" jedenfalls nicht auf Grolman's letzte Deduction, weil er darin die Generalabschreckung mit der Spezial=abschreckung verbindet, und diese Verbindung beider Zwecke für wesentlich erklärt. Zwar bekennt er sich damit nicht zu den ei=gentlich practischen Folgen jener Theorie, indem er die Prinzipe für die Qualität und Quantität der Strafe vielmehr aus der, den Rechtsgrund der Strafe bildenden, Prävention ableitet. Allein, wenn er anders verfahren wäre, so hätte er seine Theorie völlig aufgeben müssen. Insofern bildet die Generalabschreckung mehr nur eine wesentliche Zugabe zu seinem System, von welcher über=haupt erst im Staate, also vom Standpuncte der Strafgesetzge=bung, die Rede seyn kann.

Da auf diese Weise in Grolman's Deduction der Begriff der Strafe in einer doppelten Bedeutung vorkommt, nämlich theils, und zwar vorzugsweise, als verwirkte, theils als bloß angedrohte Strafe: so könnte es zweckmäßig scheinen, beide Begriffe — wie es auch Grolman selbst in seinen früheren Schriften zur ge=hörigen Abgränzung seines Gebiets von dem Feuerbach'schen Gebiete gethan hat — durch eine bestimmte Bezeichnung von einander zu unterscheiden, nämlich jenen Begriff Strafe im ei=gentlichen (wahren) Sinne zu nennen, wogegen Strafe schlecht=weg die bloß angedrohte Strafe bezeichnen würde, wie sich dieser Begriff einmal durch die Androhungstheorieen Geltung ver=schafft hat. Allein es wird schon genügen, hier ein für allemal auf diesen Unterschied aufmerksam gemacht zu haben.

Dabei muß man die Gutmüthigkeit bewundern, mit welcher Grolman in seiner Schrift: „Ueber die Begründung des Strafrechts ꝛc." diese und jene, ihm früher (bei seiner ersten Deduction) unbekannt gebliebenen, oder von ihm unbeachtet gelassenen Vorzüge der General-Abschreckungstheorie hervorhebt und sofort benutzt, nur um den glänzenden (aber freilich gefährlichen) Verdiensten seines Freundes Feuerbach ihre volle Anerkennung zu zollen. Zwar macht es keinen guten Eindruck, wenn er vom Standpuncte des abschreckenden Gesetzgebers einen Rechtszustand als Ideal aufstellt, in welchem aus Furcht vor den gedrohten Strafen gar keine Verbrechen begangen werden. Allein, indem er dieses Ideal sogleich selbst wieder vernichtet, will er damit eigentlich nur ausdrücken, daß, so hoch er auch die, früher von ihm nicht genug beachtete, Strafdrohung anschlage, er doch von ihr nicht die übertriebenen Erwartungen hege, wie sie Feuerbach nach der wörtlichen Auffassung seiner (etwas hyperbolischen) Aeusserungen zu hegen scheine. Dagegen rühmt er es als einen großen Vorzug der Androhungstheorie, daß dieselbe die absoluten Sicherungs- und die Abschreckungsstrafen unter sich begreife, während sie vom Standpuncte der Präventionstheorie einander entgegengesetzt seyen. Ja, er erklärt dieß sogar für eine „Merkwürdigkeit", obwohl der Gedanke durch Androhung absoluter Sicherungsstrafen alle Unterthanen abzuschrecken, an sich nichts weniger als merkwürdig ist. Während nämlich

Fünftens: Feuerbach, von seinem ausschließlichen Standpuncte, ohne Unterschied jedes Strafübel als Generalabschreckungsmittel, d. h. als ein Mittel, um durch die Androhung desselben Jedermann von Uebertretungen abzuschrecken, benutzen kann, und wirklich benutzt — unterscheidet Grolman, welcher die Strafe vorzugsweise als verwirkte Strafe (in ihrem eigentlichen Sinne), auffaßt, zwei Arten derselben, nämlich absolute Sicherungs- und Abschreckungsstrafen. Denn, wenn die Strafe von der Beschaffenheit ist, daß sie den Verbrecher vernichtet, so kann vernünftigerweise einer solchen Strafe nicht die Wirkung beigelegt werden, denselben von neuen Uebertretungen (von Wiederholung des Verbrechens) abzuschrecken. Solche Strafen können daher nur als

General-Abschreckungsmittel benutzt werden, und dieses zu thun, dazu ist auch nach Grolman der Gesetzgeber verpflichtet.

Sechstens: während Feuerbach seinen Zweck der Strafe, die General-Abschreckung, auch juridische Besserung nennt (Revision des peinlichen Rechts, Thl. 1 S. 59), weil der Uebelgesinnte, den die Furcht vor der angedrohten Strafe von der Gesetzesübertretung abhalte, als juridisch gebessert erscheine — spricht Grolman von der juridischen Besserung, als gleichbedeutend mit Abschreckung, nur in Beziehung auf die Vollziehung (das Erleiden) der Strafe, und auch hier nur, sofern es sich von Abschreckungs-, im Gegensatze von absoluten Sicherheitsstrafen, handelt. Denn, daß z. B. der Tod als solcher Niemanden juridisch bessere, ist einleuchtend. Da indeß auch Feuerbach die juridische Besserung als Nebenzweck der Strafvollziehung anerkennt, so ergiebt sich daraus, daß was ihm bloßer Nebenzweck ist, bei Grolman als Hauptzweck (wenigstens bei den Abschreckungsstrafen) hervortritt, während der Gedanke, den Buchstaben des Strafgesetzes als Besserungsmittel zu betrachten, bei ihm, und gewiß mit Recht, keinen Anklang fand. Beide Schriftsteller stimmen aber darin überein, daß nicht die juridische (politische) Besserung, sondern ein anderes Prinzip (ein anderer Strafzweck) den Maaßstab der Strafe bestimme, widrigenfalls auch die General-, die Spezialabschreckungs-, und die juridischen Besserungstheorieen als Eine Theorie zusammenfielen.

Siebentens: während nach Grolman's Deduction des bürgerlichen Strafrechts (des Strafrechts im Staate) die Staatsgewalt, wie er ausdrücklich bemerkt, (nur) als Polizeigewalt thätig ist, weil die Strafe künftigen Verbrechen des Uebertreters vorbeugen soll — setzt Feuerbach umgekehrt die Strafgewalt des Staats der Polizeigewalt entgegen, aber von seinem Standpuncte nur scheinbar, weil die Generalprävention nicht minder eine Prävention, mithin Gegenstand der Polizeigewalt des Staats ist, als Grolman's Spezialprävention.

§. 77.

Indem wir nunmehr zur eigentlichen Beurtheilung der Grolman'schen Deduction, so weit sie das rechtliche Fundament der

Strafe betrifft, übergehen, beginnen wir mit der fortwährend bestrittenen Thesis, von welcher Grolman ausgeht, „daß nämlich das Rechtsgesetz ein fortwährendes Gestimmtseyn für das Recht und gegen das Unrecht verlange.“ Diese Thesis hat Grolman in einer Abhandlung seines Magazins für Philosophie des Rechts, Bd. 1 Stück 3 S. 241 fg. meisterhaft begründet, und gegen die, namentlich von Feuerbach dagegen erhobenen Einwendungen eben so unwiderleglich vertheidigt. Lassen wir ihn hier selbst reden:

„Ein practisches Gesetz, ein Willensgesetz, ist ein Gesetz, welches eine Norm für die Willensbestimmung des Menschen enthält — ein Gesetz, welches aussagt, daß der Mensch nothwendig seinen Willen auf eine Art bestimmen müsse, daß irgend etwas geschehe oder nicht geschehe. Ist ein solches Gesetz ein ewiges, d. h. an keine Zeitbedingung beschränkt, so geschieht demselben nur Genüge, wenn der Wille fortdauernd gestimmt ist, das zu thun, was das Gesetz gebietet, und zu unterlassen, was es verbietet. Ein solches ewiges Willensgesetz ist das Rechtsgesetz, dem daher nicht Genüge geschieht, wenn der Wille des Menschen nur in diesem oder in noch mehreren folgenden Momenten dafür gestimmt ist, die Rechte seiner Mitmenschen anzuerkennen, und daher nicht zu verletzen; sondern welches in jedem Momente verletzt wird, in welchem der Wille nicht auch für die Zukunft dem Rechtsgesetze gemäß gestimmt ist. In diesem fortdauernden Gestimmtseyn für das Recht und gegen das Unrecht besteht mithin der Rechtszustand unter Menschen.“

„Zwar wendet Feuerbach, über Strafe als Sicherungsmittel ꝛc. S. 22, ein, daß die Idee eines rechtlichen Zustandes nur eine bürgerliche Gesellschaft, einen Staat, postulire, welcher gar nicht gefordert zu werden brauchte, wenn schon die rechtliche Gesinnung das Postulat des rechtlichen Zustandes wäre. Allein der Staat soll ja nur wirklich machen, was ohne ihn wirklich seyn müßte, wenn Jeder freiwillig das thäte, was durch ihn erzwungen werden soll. Das, was der Staat erzwingen soll, ist mithin der beschriebene Rechtszustand, d. h. der Zustand, in welchem Jeder sicher darauf rechnen kann, seine erlaubten Zwecke

ungestört von Andern verfolgen zu können. Ohne Zwang würde aber dieser Zustand nur existiren, wenn alle Menschen den Willen hätten, nie in die gesetzliche Freiheit Anderer einzugreifen. Mithin ist es recht eigentlich der Wille, welcher durch den Zwang des Staats bestimmt werden soll, was Feuerbach selbst zugiebt und zugeben muß, weil er sonst für sein System keinen psychischen Zwang als rechtlich zulässig vertheidigen könnte."

„Aber", wendet derselbe (a. a. O. S. 15—24) weiter ein, „das Postuliren jenes Willens beruht auf einer Verwechselung des Rechtsgesetzes mit dem Sittengesetze; ersteres hat bekanntlich mit Maximen und Gesinnungen nichts zu thun, mithin ist es einzig das Sittengesetz und die daraus herfließende ethische Pflicht, welche uns nöthigt, das Rechtsgesetz zur unverbrüchlichen Maxime unseres Willens zu erheben." Allein, so gewiß auch das Rechts- und das Sittengesetz getrennte Gesetzgebungen sind, so stehen sie doch nicht durchaus einander entgegen, sondern fallen in manchen Beziehungen, und zwar nothwendig, zusammen. Beide müssen nämlich als practische Vernunftgesetzgebungen dem, die Handlungen des Menschen leitenden Willen eine bestimmte Richtung geben, und können nur durch diese Richtung des Willens in ihren Anforderungen an den Menschen befriedigt werden. Wie sollte das Rechtsgesetz bloß äußere Handlungen des Menschen, ohne den Willen, von welchem diese Handlungen ausgehen, bestimmen können? Und wie könnte es sich mit einem nicht ernstlich gemeinten Willen begnügen? Denn ist der Wille nicht ernstlich gemeint, gewisse Handlungen zu begehen und zu unterlassen, so werden sie weder begangen, noch unterbleiben, es müßte denn der Grund des Thuns oder Unterlassens in einem Zufall liegen. Das Gesetz mithin, welches Handlungen des Menschen bestimmen will, muß an diesen Willen des Menschen sich richten, und die, zur Hervorbringung der ihm gemäßen Handlungen nothwendige Stimmung erfordern — oder es müßte aufhören, ein practisches Gesetz zu seyn, und das Existentwerden der ihm gemäßen Handlungen von einer, durch es begründeten Naturnothwendigkeit erwarten."

„Das, was den Unterschied des Rechtsgesetzes von dem Sit-

tengesetze begründet, kann diesemnach nicht der Wille seyn, sondern nur, wie Kant richtig hervorgehoben hat, die Verschiedenheit „der Triebfeder der Willensbestimmung.“ Moralisch gerecht ist, wer aus sittlichen Motiven fortwährend für das Recht und gegen das Unrecht gestimmt ist; hingegen juridisch gerecht schon derjenige, welcher, wenn auch aus unlautern Triebfedern, z. B. Eigennutz, Furcht, Stolz ꝛc., den Willen hat, nie die Rechte Anderer zu verletzen. Das fortwährende Gestimmtseyn gehört also so gut dem Rechts- wie dem Sittengesetze an.“

„Wenn endlich Feuerbach a. a. O. meint, daß diese Ansicht zur Bestrafung der Gesinnung führe — so hat dieß wenigstens die Präventionstheorie nicht zu verantworten, indem auch sie an dem Satze: **cogitationis poenam nemo patitur** festhält, und bloße Gedanken und Wünsche von äußerlich dargelegten rechtswidrigen Willensbestimmungen wohl zu unterscheiden weiß.“

Hiernach ist in der That kaum zu begreifen, wie noch Bauer in seiner Schrift: die Warnungstheorie ꝛc. S. 355, den alten Einwand Feuerbach's, daß die Grolman'sche Thesis auf einer Verwechselung des Rechtsgesetzes mit dem Sittengesetze im Sinne der Kant-Fichte'schen Rechtslehre beruhe, wiederholen konnte. Vielmehr befindet sich Grolman hier auf dem ächten Boden der Kant'schen Rechtslehre, deren spätere — willkürliche — Zuthaten weder er, noch Kant, zu verantworten haben. Wie konnte namentlich Feuerbach übersehen, daß ja auch seine Theorie eine fortwährende Stimmung gegen das Unrecht (eine Legalität der Gesinnung) bei allen Unterthanen durch Furcht vor Strafe zu erzeugen bezweckt? Wie konnte dieß auch Bauer bei seiner Warnung, als Zweck der Strafe (des Strafgesetzes), übersehen? Aber darin steht Grolman's Theorie weit höher als die Feuerbach'sche, daß sie die **constans ac perpetua voluntas neminem laedendi** als Ausfluß des allgemeinen Rechtsgesetzes, also der practischen Vernunftgesetzgebung betrachtet, während sie dort nur Ausfluß der Criminalpolitik ist. Was daher nach Grolman durch Vernunft dem Menschen geboten, und an die Vernunft des Menschen gerichtet ist, soll nach Feuerbach erst der Sinnlichkeit des Menschen durch sinnliche Mittel abgenöthigt werden, also dort

Vernunft und Freiheit, hier dagegen Sinnlichkeit und Zwang herrschen.

Schon das römische Recht drückt sich in der bekannten Definition von der justitia im subjectiven Sinne (also gleichbedeutend mit Rechtthun, Rechthandeln) ganz so wie Grolman aus, indem es dieselbe als **constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi** bezeichnet, obwohl man es, wie der Verf. in seiner Schrift: Ueber die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts ꝛc. S. 114, nachgewiesen hat, den Römern gewiß nicht zum Vorwurf machen kann, daß ihnen der Unterschied zwischen den Zwangs- und den rein moralischen Pflichten unbekannt gewesen sey.

Zwar hat es an Ausstellungen gegen jene Definition nicht gefehlt; allein sie sind sämmtlich nicht gegründet. Vorerst soll dieselbe auf einer Verwechselung des Rechts- mit dem Sittengesetze beruhen. Diesen Einwand hat aber schon Grolman vom Standpuncte der Kant-Fichte'schen Rechtslehre so vollständig wie möglich widerlegt, und derselbe fällt noch entschiedener weg, wenn man überhaupt die Idee eines „Gegensatzes" zwischen dem Rechts- und dem Moralgesetze verwirft, d. h. das Recht, was es auch ist, als Theil der Moral betrachtet. Ferner, sagt man, könne es an dem bloßen Willen, Jedem das Seine zu gewähren, noch nicht genügen, sondern es müsse eine diesem Willen entsprechende äußere Handlung hinzukommen. Denn so z. B. lasse es sich denken, daß ein Schuldner fortwährend gestimmt sey (immer den guten Willen habe), seinen Gläubiger zu befriedigen, es aber thatsächlich unterlasse, weil er sich von seinem Gelde nicht trennen könne. Auch dieser Einwand ist ungegründet. Denn entweder handelt es sich von negativen oder Unterlassungspflichten, dann bedarf es keiner, dem Gestimmtseyn gegen das Unrecht entsprechenden äusseren Handlung, weil dieselben nur dem inneren Handeln des Menschen angehören; oder es handelt sich von positiven oder Thätigkeitspflichten, dann kann ein wahres Gestimmtseyn für das Recht nicht ohne entsprechende äußere Thätigkeit gedacht werden, widrigenfalls es nur scheinbar oder illusorisch wäre.

Endlich hat man jene Definition noch in einer andern Rich-

tung für unvollständig erklärt. Das römische Recht stelle nämlich als **summa praecepta juris** die zwei Gebote auf: **neminem laedendi**, und **suum cuique tribuendi**; von diesen sey aber nur letzteres aufgenommen, ersteres dagegen übergangen worden. Kurz, die Definition beschränke sich auf das obligatorische Verhältniß, nehme also auf das wichtige Verhältniß, in welchem alle Menschen zu einander stehen, gar keine Rücksicht, und passe insofern nicht auf das Strafrecht. Aber auch dieser Einwand ist nur ein scheinbarer. Denn nichts steht entgegen, die Worte: **jus suum cuique tribuendi** im weiteren Sinne für: Jedem sein Recht widerfahren zu lassen, zu nehmen, und in diesem Sinne ist darunter auch die Anerkennung fremder Rechte durch Nichtverletzung derselben begriffen. Auch hätte das römische Recht statt dessen eben so gut sagen können: ... **voluntas neminem laedendi**, weil eine Verletzung (laesio) so gut durch Unterlassung gebotener Thätigkeitspflichten, als durch positive Eingriffe in fremde Rechte begangen wird.

Auch Oersted, Grundregeln der Strafgesetzgebung S. 53, nimmt sich hier Grolman's und der römischen Definition gegen Feuerbach an, und bemerkt in Beziehung auf die letztere: „Wenn man, wie es die neueren Naturrechtslehrer wollen, die juridische Gerechtigkeit bloß durch die Uebereinstimmung der äusseren Handlung mit dem Rechtsgesetze erklärt, so hebt man das, schon von den römischen Juristen erkannte, Wesentliche des Begriffs der Gerechtigkeit (im subjectiven Sinne) auf, der offenbar eine Eigenschaft des Characters oder der Maximen (eine Fertigkeit recht zu thun) andeutet, und nicht einzelne Handlungen, die nur durch Maximen zu einem Ganzen verbunden werden."

Und in der That, wenn man erwägt, daß der Wille die Handlungen des Menschen bestimmt, ohne legalen Willen aber das, was das Rechtsgesetz gebietet, unmöglich erzielt werden kann: so muß man die Thesis zugeben, daß, aller Trennung des Rechtsgesetzes von dem Sittengesetze ungeachtet — mehr also noch ohne diesen verwerflichen Gegensatz — das Rechtsgesetz ein fortwährendes Gestimmtseyn für das Recht und gegen das Unrecht gebieten muß. Zwar könnte man sich dagegen auf den Er-

fahrungssatz berufen, daß häufig rechtswidrige Vorsätze und Entschlüsse gefaßt werden, ohne daß sie in entsprechende äußere Handlungen übergehen, und nur diese, nicht auch jene, dem Rechtsgesetze zuwider seyen. Allein vorerst kann Manches dem Rechtsgesetze widerstreiten, ohne daß dadurch der Schluß gerechtfertigt wird, daß jeder Widerspruch mit demselben zu einem äusseren Zwange gegen den Ungehorsamen berechtige, indem die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Zwang zulässig sey, vielmehr Gegenstand einer besonderen Untersuchung und Begründung ist. Sodann ist es nicht die äußere Verletzung an sich, welche dem Rechtsgesetze widerstreitet, sondern nur, sofern dieselbe aus illegaler Gesinnung hervorging, indem sonst auch absolut oder relativ unzurechenbare Handlungen dem rechtlichen Zwange (Entschädigungs- und Strafzwange) unterliegen müßten. Endlich kann das Rechtsgesetz, als Willensgesetz, nur an den Willen des Menschen gerichtet seyn, muß daher ein Gestimmtseyn für das Recht und gegen das Unrecht verlangen, und zwar kein bloß vorübergehendes, sondern ein dauerndes, weil es nicht bloß für einzelne Willensäusserungen und Handlungen, sondern für die ganze Handlungsweise des Menschen in allen Momenten seines Daseyns berechnet ist.

Insofern kann es auch nicht, wie Grolman vom Standpuncte des Gegensatzes zwischen Recht und Moral behauptet, dem Rechtsgesetze „gleichgültig" seyn, auf welchen Triebfedern, ob auf vernünftigen, oder auf bloß sinnlichen, jenes Gestimmtseyn für das Recht beruhe. Denn theils können bloß sinnliche Triebfedern (Motive, Bestimmungsgründe) keine dauernde, sondern nur eine vorübergehende rechtliche Stimmung des Willens erzeugen, weil sie jeden Augenblick durch entgegengesetzte, stärker einwirkende Triebfedern, oder durch sonstige Umstände an ihrer Stärke verlieren können, folglich niemals das gewähren, was das Rechtsgesetz doch kategorisch gebietet; theils ist das Rechtsgesetz, wenn auch im Gegensatze von dem Sittengesetz, als practische Vernunftgesetzgebung an die Vernunft des Menschen (an den Willen, als bestimmt gedacht durch Vernunftgründe), und nicht an die Sinnlichkeit (an den Willen, als bestimmt gedacht

durch sinnliche Gründe), kurz, wie man sich auszudrücken pflegt, an das höhere Begehrungsvermögen, den reinen Willen, nicht an das niedere Begehrungsvermögen (oder, wie man es in jenem Gegensatze nennen könnte, den unreinen Willen) gerichtet. Insofern kann die rechtlich gebotene Legalität der Gesinnung nicht in einem Unterlassen des Unrechts aus bloß sinnlichen Motiven, z. B. aus Furcht vor Strafe oder Schande, bestehen, noch das Rechtsgesetz sich damit für „befriedigt" erklären. Indeß will Grolman wohl nur sagen, daß das Rechtsgesetz sich damit „begnügen" (oder behelfen), also schon zufrieden seyn müsse, wenn es nur aus sinnlichen Motiven befolgt werde, weil ein weiter gehender Zwang rechtlich (und moralisch), und selbst physisch unmöglich wäre. Dabei gereicht es Grolman jedenfalls zum Verdienst, daß er unter den Anhängern der Kant-Fichte'schen Rechtslehre der einzige, den damals aufgekommenen Gegensatz zwischen dem Rechts- und dem Sittengesetze vor ungebührlichen, noch weiteren Ausdehnungen bewahrte, und dadurch dem Willen des Menschen und dessen Richtung und Stimmung einen entscheidenden Einfluß auf dem Rechtsgebiete einräumen konnte, wodurch seine Theorie des Strafrechts einen ganz andern Character erhielt, als die seines Freundes und strengen wissenschaftlichen Gegners Feuerbach.

Aber eine andere Frage ist die: ob das, was Grolman aus seiner, als richtig anerkannten Thesis weiter ableitet, nach Grundsätzen des Rechts zugegeben werden könne? und diese Frage muß entschieden verneint werden. Doch, wir wollen zuvor Grolman selbst hören, wie er in der angeführten Abhandlung weiter so fortfährt:

„Das Fundament der Präventionstheorie ist dieses: durch den Mangel des Willens, die Rechte Anderer nie zu verletzen, wird noch zwar keine wirkliche Rechtsverletzung oder Beschädigung begangen, aber es werden dadurch künftige wahrscheinlich gemacht, oder, um bestimmter zu reden: es wird für Jeden der Grund weggenommen, welcher ihn, wenn er sich nicht dem blinden Zufall überlassen will, könnte erwarten lassen, daß er von dem Andern nicht werde verletzt werden. Ein Zustand, in

welchem man das Ausbleiben einer Beschädigung nicht erwarten kann, ist ein Zustand der „Gefahr", und wer diesen Zustand der Gefahr für uns begründet, kann mit Recht „ein Drohender", und dasjenige, wodurch er uns erkennbar macht, daß er für uns einen Zustand der Gefahr begründet habe, „seine Drohung" genannt werden. Der durch den Mangel des rechtsgemäßen Willens rechtlich begründete Zwang ist daher ein Zwang zur Abwendung der Gefahr, oder zur Vertheidigung — Prävention im weiteren Sinne. So wie der rechtliche Zweck des Entschädigungszwanges darin besteht, den aufgehobenen Zustand der Unverletzlichkeit wieder zu begründen, so erscheint es als rechtlicher Zweck des Präventions- oder Vertheidigungszwanges den aufgehobenen Zustand der gesicherten Ruhe wieder herzustellen."

„Wenn aus dem Mangel des rechtsgemäßen Willens die Willensbestimmung zur Unternehmung einer bestimmten Rechtsverletzung hervorgeht, und sich uns durch das wirkliche in Thätigkeit Setzen der zur Vollbringung dieser Illegalität nothwendigen Kraftäußerung ankündigt: dann erreicht der Zustand der Gefahr den höchsten Grad. Die Gefahr wird nun „Noth"; der Vertheidigungszwang, insofern er gegen diese Noth gerichtet ist, wird Zwang zur Nothwehr genannt. Mit diesem ist aber keineswegs der Vertheidigungszwang vollendet, weil, wenn auch der Angreifer, durch die Nothwehr gezwungen, seinen Entschluß zu der jetzt zu bewirkenden Rechtsverletzung aufgegeben hat, es an allem Grunde fehlt, um anzunehmen, daß er unsere Rechte künftig nicht mehr verletzen werde. Er bleibt daher Gefahrdrohend, und unsere Ruhe kann nicht eher als völlig gesichert betrachtet werden, bis das Prinzip, wodurch für uns die Gefahr fließt, vernichtet, und demnach der Mangel des rechtsgemäßen Willens aufgehoben ist."

„Das Recht oder der Zwang zur Nothwehr ist bisher von Niemand bezweifelt worden, obgleich hier noch keine Rechtsverletzung, sondern nur eine (hohe) Gefahr vor derselben, ja nicht einmal eine gewisse, sondern nur eine wahrscheinliche Gefahr vor einer künftigen Verletzung vorliegt, indem Furcht vor Strafe, Reue, oder andere Umstände, selbst den entschlossensten

Angreifer von der Ausführung zurückhalten können. Gleichwohl hält man hier, und mit Recht, einen gegenwärtigen und gewissen Zwang für rechtlich begründet. Giebt man aber einen solchen wegen künftiger wahrscheinlicher Verletzungen zu, so muß man auch den Präventionszwang im engeren Sinne zugeben, weil derselbe auf dem gleichen Gedanken beruht, nur daß die Wahrscheinlichkeit künftiger Verletzungen dort größer ist als hier. Aber dieser bloß graduelle Unterschied kann keine Verwerfung des Präventionszwanges überhaupt begründen. Um indeß ganz bestimmt zu reden, so sind es keineswegs die „künftigen wahrscheinlichen Rechtsverletzungen", sondern es ist vielmehr der „jetzt vorhandene" nicht rechtsgemäße Wille, welcher den Präventionszwang begründet. Hiernach wird Niemand wegen „bloßer Wahrscheinlichkeit" gestraft, sondern das vollendete (oder versuchte) Verbrechen giebt „volle Gewißheit" des Vorhandenseyns des Rechtsgrundes zum Zwange — nämlich Gewißheit darüber, daß es ihm nicht nur an dem vom Rechtsgesetze geforderten Willen, nie die Rechte Anderer zu verletzen, fehlte, sondern auch, daß es ihm überhaupt daran fehlt."

„Zwar beruft man sich dagegen auf den Satz: **quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium.** Allein die Annahme, daß der Andere den Willen habe, nur rechtsgemäß, und in alle Zukunft hin nur rechtsgemäß zu handeln, ist eine problematische Annahme, welche alle ihre Wirkung verliert, sobald das Gegentheil erhellt. Willkürlich die Rechte Anderer verletzen, und doch den Willen haben, sie nie zu verletzen, ist widersprechend; mithin kann das Rechtsverhältniß zwischen dem Verletzer und dem Verletzten ferner nicht mehr als existirend betrachtet werden. Die bloße Möglichkeit, daß für die Zukunft keine neuen Verletzungen verübt werden, selbst die bestimmte Zusicherung des Verletzers, gewähren, bei seiner bereits erwiesenen Wandelbarkeit der Gesinnung, keine rechtliche Sicherheit. Es kann daher dem Menschen keine Sicherheit für seine Ruhe, keine Gewißheit des bestehenden Rechtsverhältnisses gewährt werden, als bis er Gründe hat anzunehmen, daß „das Prinzip", woraus ihm Gefahr für seine Rechte erwächst (der Mangel eines

rechtsgemäßen Willens) aufgehoben sey. Diese Gründe bietet ihm nun einzig die zweckmäßige Anwendung von Präventionszwangsmitteln dar, durch welche der Gefahr Drohende abgeschreckt, oder demselben die Ausführung seiner Drohung unmöglich gemacht wird — und darin liegt das Wesen der Strafe, wie an einem andern Orte erwiesen werden wird."

Man muß zugeben, daß Grolman hier vielen Scharfsinn gezeigt hat. Aber mit allem Aufwande von Scharfsinn vermochte er nicht den Satz darzuthun, daß von demjenigen, welcher einmal eine (vollendete oder versuchte) Rechtsverletzung begangen habe, „rechtlich gewiß" sey (denn so drückt er sich noch in seiner letzten Deduction aus), daß derselbe neue Verletzungen verschulden werde.

Allerdings giebt es einen Präventionszwang. Dieser darf aber nach Rechtsgrundsätzen in Zwang gegen die Person (im Gegensatze von bloß polizeilichen Sicherungsmaßregeln) nur dann übergehen, wenn Gewißheit einer bevorstehenden Verletzung (Gefahr) von Seiten eines bestimmten Individuums vorliegt. Unter der Gewißheit einer Gefahr kann hier freilich nicht die apodictische, d. h. eine, die Möglichkeit des Gegentheils ausschließende Gefahr verstanden werden, wie Grolman richtig andeutet, sondern nur das, was nach dem erfahrungsmäßigen Gange der Dinge und nach der Kenntniß von der menschlichen Natur, also aus Erfahrungs- und psychologischen Gründen, zur Annahme einer wirklichen Gefahr genügt, und als genügend allgemein angenommen wird. Mit dieser historischen oder empirischen Gewißheit muß man sich hier, wie überall auf dem Gebiete der Rechtsanwendung, begnügen, weil einmal die menschliche Erkenntniß nicht weiter reicht, dieser mangelhaften Erkenntniß aber nicht Alles zum Opfer gebracht werden kann. Wer also z. B. unter unsern Augen Vorbereitungen zu einem Angriff auf unsere Person trifft, welche nicht anders als ernstlich gemeint seyn können, etwa unter Drohungen nach einem Messer sucht, um uns zu mißhandeln oder zu tödten: der darf von diesem Vorhaben (von der Realisirung seiner Drohung) durch persönlichen Zwang abgehalten werden, obgleich keine apodictische Ge-

wißheit eines wirklichen Angriffs auf unsere Person vorliegt, weil sich der Drohende immer noch eines Besseren besinnen konnte. Hier ist mithin der Präventionszwang (im engeren Sinne) rechtlich begründet. Kann aber wohl mit gleicher Gewißheit behauptet werden, daß Jeder, der einmal ein Verbrechen oder Vergehen verübt habe, darum immer Gefahr drohend für die Zukunft sey? Und welche Verbrechen soll man nach Erfahrungs- und psychologischen Gründen mit Gewißheit von ihm erwarten können — Verbrechen derselben, oder einer andern Art, leichtere oder schwerere? Wie wäre es aber möglich, solches auch nur mit einiger Sicherheit auszumitteln, da selbst der Gewohnheitsverbrecher den ernstlichen Vorsatz sich zu bessern fassen kann, oder umgekehrt ein Dieb zum Räuberhandwerk, oder ein Räuber zum Diebshandwerk ꝛc. geneigt seyn kann? Beruht diesemnach — so muß man fragen — der Grolman'sche Präventionszwang auf der allgemeinen Thesis: **semel malus, semper talis?** oder auf der mehr speziellen: **semel malus, semper talis in eodem genere delicti?** oder endlich auf der noch spezielleren: **in eadem specie delicti?** Ja, vom Standpuncte unserer neueren casuistischen Strafgesetzgebungen könnte man noch weiter fragen: ob der Ziffer 1, 2 oder 3 ꝛc., oder des Absatzes 1 oder 2 ꝛc.? Indeß, diesen Punct können wir hier nicht weiter verfolgen, da er zunächst in das Gebiet der Frage einschlägt: wie vom Standpuncte der Präventionstheorie ein rechtlicher Maaßstab der Strafen möglich sey? Denn dieser muß natürlich verschieden ausfallen, je nachdem von der einen oder andern Thesis ausgegangen wird.

Doch, wir mögen dieselbe so oder anders auffassen, immer ist Grolman den Beweis schuldig geblieben, daß, so weit wir die menschliche Natur zu beurtheilen vermögen, und so weit unsere Erfahrungen reichen, jeder Uebertreter eine gewisse Gefahr vor neuen Uebertretungen begründe, mithin gestraft werden müsse, damit seine rechtswidrige Gesinnung legalisirt werde. Sollte hier nicht Grolman die Gewißheit, die freilich als historische oder empirische in der Regel nur eine Wahrscheinlichkeit ist, mit der auf weit tieferer Stufe stehenden Vermuthung —

dem Argwohn, dem Verdachte — verwechselt haben, mithin des Satzes uneingedenk gewesen seyn, daß Niemand auf bloßen Verdacht gestraft werden dürfe? Fern sey es von uns, den Uebertreter, überhaupt den Menschen, in sittlicher Hinsicht höher zu stellen, als er es verdient, und damit die Wahrheit der Grolman'schen Thesis ganz in Abrede zu stellen. Bezeichnet doch auch das Christenthum alle Menschen als Sünder für Gegenwart, Vergangenheit, und Zukunft. Aber es heißt dagegen auch (Jerem. 3. 4): „Wo ist Jemand, so er fällt, der nicht gern wieder aufstünde?", und (Sprüchw. Salom. 24. 16): „Ein Gerechter fällt siebenmal und steht wieder auf, aber die Gottlosen versinken im Unglück". Ja selbst das (natürliche) Rechtsgesetz, auf welches sich Grolman beruft, kann einen so harten Ausspruch nicht thun. Denn, indem es dem Menschen befiehlt, kein Unrecht zu thun, legt es ihm zugleich die Pflicht auf, wenn er Unrecht gethan hat, sich zu bessern, also mindestens keine neuen Uebertretungen zu verschulden — eine Anforderung, die unmöglich, d. h. der menschlichen Natur widersprechend wäre, wenn nach eben dieser menschlichen Natur der einmal gezeigte rechtswidrige Wille nothwendig als fortdauernd gedacht werden müßte. In der That muß man sich wundern, wie der sonst so menschenfreundlich gesinnte Mann alle Verbrecher ohne Unterschied so ganz und gar aufgeben konnte. Zwar soll die Strafe noch ihre (und Anderer) Rettung seyn. Allein, wenn man in jedem Uebertreter mit Sicherheit einen Gewohnheitsverbrecher erblicken dürfte, so würde in der Regel die Strafe für ihn, wie für Andere, welche dadurch gesichert werden sollen, ihren Zweck verfehlen. Auch giebt es der Schlechtigkeiten, welche keiner bürgerlichen Strafe unterliegen, so viele, daß, wenn Grolman's Thesis wahr wäre, sich dieselben in unermeßlicher Progression verbreiten müßten.

Man darf also „rechtlich gewiß" die Menschen nicht schlechter machen, als sie sind (il faut craindre de calomnier le vice même, sagt Bentham), zumal, wenn es darauf ankommt, ihnen empfindliche Uebel zuzufügen. Schon die Beurtheilung der moralischen Vergeltungs- und (zugleich) Besserungssysteme hat —

freilich in einer andern Richtung — ergeben, daß Fälle gedacht werden können, wo es einer Bestrafung des Schuldigen gar nicht bedürfte, wenn Zweck der Strafe Besserung (hier politische Besserung durch Abschreckung) wäre. Namentlich kann dieß bei im Affect oder aus Fahrlässigkeit verübten Verbrechen vorkommen, oder bei solchen, zu denen sich eine unerwartete Gelegenheit unter ganz ungewöhnlichen, eben daher voraussichtlich nicht wiederkehrenden Umständen darbot, indem diese Umstände, in Verbindung mit der dem Richter bekannten Individualität des Uebertreters, eine völlig genügende Garantie — eine rechtliche Gewißheit im Sinne Grolman's — dafür gewähren können, daß es die erste und letzte Uebertretung seyn werde. Und doch kann, wenn man die Strafe (wie es seyn soll) als rechtlich nothwendige Folge der Uebertretung auffaßt, Untersuchung und Bestrafung solchen Verbrechern in keiner Weise erlassen werden. Wollte man, um zu diesem Resultate auch vom Standpuncte der Präventionstheorie zu gelangen, sich auf den Satz berufen: **leges generaliter constituuntur, nec in singulas personas,** so hieße dieß mit andern Worten, daß der Strafwürdige und der Nichtstrafwürdige gleichmäßig bestraft werden sollen; dieß kann aber keine einzige Theorie je von ihrem Standpuncte zugeben. Allerdings ist jener Satz gegründet, wenn es sich von der relativen Strafbarkeit (dem Strafmaaße) handelt, weil hier dem Richter gewisse Schranken gesetzt werden müssen, und sich das Gesetz eben so wenig in eine, doch unerschöpfliche Casuistik verlieren kann, woraus in einzelnen Fällen unvermeidliche Härten entstehen können. Allein, wollte man jenen Satz auch auf die absolute Strafbarkeit anwenden, weil das Gesetz nicht so genau zwischen Strafwürdigen und Nichtstrafwürdigen unterscheiden könne, so hieße dieß den ganzen Rechtsbegriff vernichten. Mögen nun auch, wie zugegeben werden muß, jene Fälle verhältnißmäßig nur selten vorkommen, und möchte selbst Grolman's Thesis nicht nur regelmäßig, sondern in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle moralisch und psychologisch gegründet seyn (was aber zu bezweifeln ist): so würde er damit doch noch nicht bewiesen haben, daß es bei allen Uebertretern sich so verhalte.

Aber auch umgekehrt können manche Uebertretungen im Sinne Grolman's als „rechtlich gewiß" gedacht werden, welchen daher durch Strafe vorgebeugt werden müßte, und die gleichwohl dem Präventionszwange nicht unterliegen sollen, was zu einem zweiten Widerspruche seiner Theorie führt. Grolman stellt nämlich den Satz auf, daß zur Anwendung dieses Zwanges eine vollendete, oder doch versuchte Rechtsverletzung erfordert werde, weil erst dadurch der Mangel einer legalen Willensstimmung (Gesinnung) als rechtlich gewiß hergestellt werde. Dieß ist aber zu eng gefaßt. Denn, wenn man auch mit Grolman unter der versuchten Rechtsverletzung nicht nur den beendigten und den nahen, sondern auch den entfernten Versuch (die Vorbereitungshandlungen zu einer Verletzung) begreift: so lassen sich gleichwohl noch entfernter liegende Handlungen denken, welche eine gleich große, ja nach Beschaffenheit des Individuums vielleicht ungleich größere Gefahr vor künftigen Verletzungen erzeugen können, als jene. Dahin gehören namentlich ernstlich gemeinte Drohungen, welche, als bloße Aeusserungen eines verbrecherischen Willens, noch nicht unter den Begriff des versuchten Verbrechens fallen, mithin um eine Stufe tiefer als selbst die Vorbereitungshandlungen stehen. Ungeachtet hier die rechtliche Gewißheit (im Sinne Grolman's) einer gleich großen, ja vielleicht größeren Gefahr vorliegt, soll hier gleichwohl kein Präventionszwang begründet seyn, was offenbar inconsequent ist. Auf die umgekehrte Weise inconsequent ist dagegen das württemb. Str.G.B., indem es in der Regel den entfernten Versuch für straflos erklärt (Art. 63), hingegen Drohungen — denn so allgemein lautet die Ueberschrift des Art. 282, wofür es aber genauer heißen muß: gefährliche Drohungen — wofern dieselben nicht schon als selbstständige Verbrechen oder als Theil des Thatbestandes anderer Verbrechen strafbar sind, mit gerichtlicher Strafe bedroht; nach Hufnagel selbst dann, wenn die Drohung nicht einmal ernstlich gemeint war, der Bedrohte sie aber für ernstlich hielt, was mit andern Worten hieße: wer einen Andern auch nur aus Scherz durch Drohungen in Schrecken setzt, soll einer Criminalunterſuchung unterliegen. Aber selbst

ernstlich gemeinte Drohungen stehen um eine Stufe tiefer, als die Vorbereitungshandlung, und da diese gleichfalls eine Drohung, nur keine mündliche, sondern eine thatsächliche ist, so kann man beide Fälle nicht nach entgegengesetzten Grundsätzen, weder im Sinne Grolman's, noch des württemb. Str.G.B., beurtheilen. Vgl. Commentar ꝛc. Thl. 1. S. 498 und 595.

Allein wozu, könnte man fragen, alle diese Widerlegungen, da ja Grolman wiederholt ausgesprochen hat, daß es auf einem Mißverständnisse beruhe, wenn ihm vorgeworfen werde, daß er künftige, also noch ungewisse Uebertretungen bestrafen wolle? Seine Ansicht sey vielmehr die, daß bei dem vollendeten, wie dem versuchten Verbrechen, der „jetzt vorhandene" rechtswidrige Wille des Uebertreters, oder wie er in seiner Schrift: Ueber die Begründung des Strafrechts ꝛc. sagt, die „geschehene" (nicht die bloß bevorstehende) Drohung zu strafen sey. Allein diese Argumentation, oder genauer diese Wendung, welche er der Sache giebt, setzt ihn unvermeidlich der Gefahr aus, entweder seine ganze Theorie aufzugeben, oder die Blöße derselben hinter der Doppelsinnigkeit des Ausdrucks „jetzt" zu verbergen. Jenes wollte er nicht, mithin konnte er nur dieses wollen, und — „Noth macht erfinderisch" sagt das Sprüchwort. Grolman ist auch weder der erste, noch der einzige unter den Rechtsphilosophen, auf welche diese Wahrheit ihre Anwendung findet.

Soll der Satz: Gegenstand der Bestrafung ist der „jetzt vorhandene" äusserlich dargelegte Wille, den Sinn haben, daß der Uebertreter darum, und lediglich darum gestraft werden soll, weil er durch seine Uebertretung eine rechtswidrige Willensrichtung (Gesinnung) an den Tag gelegt hat: so würde er darum gestraft quia peccavit. Allein dieß kann Grolman nicht meinen, weil seine Theorie auf dem Grundgedanken beruht, daß die durch die Uebertretung dargelegte Rechtswidrigkeit der Gesinnung eine unvermeidliche Quelle neuer Uebertretungen sey, und die daraus für die allgemeine rechtliche Freiheit (für den Rechtszustand) entspringende Gefahr durch die Strafe abgewendet werden solle. Mithin wird der Uebertreter vielmehr darum bestraft ne (in posterum) peccet, was unzweifelhaft auch dar-

aus erhellt, daß Grolman der zu verhängenden Strafe (sofern sie nur nicht absolute Sicherungs=, also doch auch eine auf die Zukunft gerichtete Strafe ist) als Zweck Abschreckung beilegt, diese aber, weil Niemand von einer bereits verübten Missethat abgeschreckt werden kann, nur als Abschreckung von künftigen Uebertretungen — Spezialabschreckung, im Gegensatze von Feuerbach's Generalabschreckung — gedacht werden kann. Hiernach löst sich der „jetzt vorhandene" rechtswidrige Wille, als Gegenstand der Bestrafung, in den, man möchte sagen trivialen Satz auf: der Uebertreter soll „jetzt" (d. h. bei Gelegenheit, aus Veranlassung seiner Uebertretung) gestraft werden, damit er „künftig" nicht mehr verbreche. Später scheint dieß auch Grolman selbst eingesehen zu haben, indem er sich in seiner letzten Deduction jener Argumentation nicht mehr bedient.

Der so gewonnene Begriff der Strafe stimmt zudem weder mit dem gemeinen Sprachgebrauche, noch mit der höheren (philosophischen) Auffassung dieses Begriffs zusammen. Dieß hat schon Feuerbach unwiderleglich gegen Grolman dargethan, und so vielen Scharfsinn auch letzterer in seiner mehr genannten Schrift: Ueber die Begründung des Strafrechts ꝛc. dagegen aufgeboten hat, so war es doch ein vereiteltes Bemühen, in dieser Beziehung Feuerbach zu widerlegen. Nur darin muß man ihm recht geben, daß auch der Feuerbach'sche Begriff der Strafe, als gleichbedeutend mit Strafgesetz oder Strafandrohung, nicht der Begriff seyn könne, von welchem ein philosophisches System des Strafrechts auszugehen habe. Grolman umgeht, bei aller Gewandtheit seiner Dialektik, eben das entscheidende Merkmal: „in Folge", oder „wegen", wonach die Strafe — schon im Sinne des gemeinen Sprachgebrauchs — nicht bloß aus Veranlassung oder bei Gelegenheit eines verübten Verbrechens, sondern in Folge, oder wegen, und zwar lediglich wegen des verübten Verbrechens verhängt werden soll, was durch das allgemeinere Merkmal des „Verdientseyns" keineswegs ersetzt wird. Denn ein auch nur aus Veranlassung eines Verbrechens, oder einer sonstigen schlechten Handlung, erlittenes Uebel kann im Allgemeinen verdient seyn, ohne daß es darum Strafe genannt

werden kann. So z. B. sagen wir, daß der Verbrecher die Leiden einer langwierigen und strengen Untersuchung verdiene, wenn er sie sich durch sein Benehmen selbst zugezogen habe; aber darum sind diese verdienten Leiden nicht Strafe. Eben so kann denjenigen, welcher eine schlechte, aber nicht bürgerlich strafbare Handlung begangen hat, aus Veranlassung oder bei Gelegenheit derselben ein empfindliches Uebel treffen; aber wir nennen dasselbe nicht natürliche Strafe, weil es nicht im Causalzusammenhange mit der verübten That steht. Eben diesen nothwendigen Causalzusammenhang zwischen dem verübten Verbrechen und der Strafe drückt der Satz: **punire, quia peccatum est**, aus, und diesen vermißt man auch bei Grolman's letzter Deduction. Denn nach ihr ist das verübte, vollendete oder versuchte, Verbrechen nicht der wahre Grund (Sachgrund), sondern nur die Gelegenheitsursache, oder, wie man auch sagen kann, nur der Erkenntniß- oder Erlaubnißgrund der Strafe, weil auch jetzt noch nicht gestraft werden soll: **quia peccatum est, sondern ne peccetur.** Schuld und Strafe verhalten sich hiernach nicht wie Ursache und Wirkung, sondern die künftige Schuld ist der Grund der gegenwärtigen Strafe, so daß also für eine ungewisse Uebertretung ein gewisses gegenwärtiges Uebel verhängt wird. Dieß widerstreitet aber schon dem Begriffe der Strafe im Sinne des gemeinen Sprachgebrauchs, und die Wissenschaft hat keinen Grund von demselben abzuweichen, weil es sich hier nicht von einem erst für sie geschaffenen oder scientivischen, sondern von einem gegebenen, auf rechtlichen und moralischen Gründen beruhenden Begriffe handelt.

Zwar meint Grolman, daß der von Feuerbach in Parallele gezogene Begriff der Belohnung darum nichts gegen seine Ansicht von der Strafe beweise, weil Belohnungen „immer gerecht seyen." Allein dieß kann mit Grund nicht behauptet werden. Denn die Begriffe von Belohnung und Strafe bilden nicht nur einen natürlichen Gegensatz (dort Verdienst und als moralische Folge desselben, Lohn; hier Schuld, und als moralische Folge derselben ein Uebel); sondern sie stehen auch, wie die Beurtheilung der Vergeltungstheorieen ergeben hat, in moralisch

unzertrennbarer Verbindung mit einander. Daher läßt sich der eine Begriff sehr wohl zur Erläuterung des andern, wenigstens in gewissen Beziehungen, benutzen, und dieß ist selbst in der Weise zuläßig, daß, wie vom allgemein rechtlichen Standpuncte zwischen gerechten und ungerechten Strafen, so auch zwischen gerechten und ungerechten Belohnungen unterschieden werden kann. Denn, wenn z. B. der Regent einen schweren Verbrecher, statt der verdienten Strafe, mit Ehrenämtern und Würden belohnt, so begeht er nicht bloß eine Unbilligkeit gegen Andere, deren Strafe er unter gleichen Umständen nicht einmal im Gnadenwege mildert, sondern mehr als dieß, — eine offenbare Ungerechtigkeit. Eben so sind verschwenderische Belohnungen in Geld und Gütern, wenn sie den Staatsschatz erschöpfen, nicht bloß unbillig, sondern enthalten ein Unrecht gegen die contribuirenden Unterthanen. Und so ließen sich der Fälle von ungerechten Belohnungen noch manche andere anführen, zum Beweise, daß Grolman's Behauptung, „Belohnungen seyen immer gerecht", unrichtig ist.

Wollte man aber auch zugeben, daß Belohnungen, sofern sie auf einer freiwilligen Gewährung beruhen, niemals dem Rechtsgesetze widerstreiten: so kann doch nicht Alles, was dem Rechtsgesetze nicht widerstreitet, darum „gerecht" genannt werden. Denn zwischen dem bloßen Negiren eines Unrechts (und nur dieses drückt der Nicht-Widerstreit mit dem Rechtsgesetze aus), und dem affirmativen Gerechtseyn besteht ein, nicht zu verkennender, wesentlicher Unterschied. Wer wollte wohl z. B. vom Standpuncte der Kant-Fichte'schen Rechtslehre, und auf diesem befindet sich auch Grolman, denjenigen, welcher sich alle dem rechtlichen Zwange nicht unterliegende Schlechtigkeiten und Unbilligkeiten erlaubt, mit dem Ehrennamen eines gerechten Mannes, und seine Handlungsweise als eine mit den Maximen der Gerechtigkeit übereinstimmende bezeichnen? Eben so kann vom Standpuncte der positiven Gesetze der Unterthan an Manchem nicht gehindert werden, ohne daß er darum, wenn er von dem Nichtverbote Gebrauch macht, also das thut, was zu unterlassen das Gesetz seiner Gewissenhaftigkeit überlassen hat, als ein ge-

recht Handelnder bezeichnet werden kann. Das Gesetz, indem es manche Handlungen nicht verbietet, erlaubt sie damit nicht, sondern zählt umgekehrt auf die Gewissenhaftigkeit der Unterthanen, daß sie, wenigstens in der Mehrzahl, von dem Nichtverbote keinen Gebrauch machen werden. Für beide Begriffe: das (bloße) Nichtverbieten und das Erlauben, pflegt man freilich nicht nur im gemeinen Leben, sondern häufig auch in der Wissenschaft und in der amtlichen Praxis, die Ausdrücke: Dürfen, Erlaubtseyn, ein Recht auf etwas haben ꝛc., als gleichbedeutend zu nehmen. Allein dieß kann in keiner Weise zugegeben werden, weil es zu einer gefährlichen Verwirrung der Begriffe führt — wie überhaupt die Rechtswissenschaft, philosophische und positive, sich zu hüten hat, daß sie nicht, auf Abwege gerathend, zur schlimmsten Gegnerin der Moral bei dem Regierer wie bei den Regierten werde.

Wenn endlich Seneca sich mit Plato für die Richtung der bürgerlichen Strafe auf die Zukunft darauf beruft, daß die Strafe Geschehenes doch nicht ungeschehen machen, dagegen Künftiges verhüten könne (**revocari enim praeterita nequeunt, futura prohibentur**), so beweist dieß mehr als es beweisen soll, mithin gar nichts. Denn dann müßte auch die, neben der Strafe aus der verbrecherischen Handlung entspringende Ersatzpflicht auf die Zukunft bezogen, oder aber gänzlich geläugnet werden. Wer hat dieß aber wohl jemals behauptet? Eben so wenig kann man eine Strafe um des Verbrechens willen mit Plato eine thierische Züchtigung, oder mit Seneca Rache nennen. Wirklich bedient sich auch Grolman dieser nichts beweisenden Argumentationen gar nicht, sondern sucht den Präventionsstrafzwang auf andere Weise zu begründen.

Zu diesen Gründen gehört die weitere Argumentation, daß, wenn die Strafe weder Zwang zur Entschädigung, noch Zwang zur Nothwehr seyn solle, wie beides auch Feuerbach zugebe, sie entweder Zwang zur Prävention seyn, oder völlig aufgegeben werden müsse, weil es außer jenen drei Arten des Zwanges keinen weiteren gebe, unter welchen der Strafzwang subsumirt werden könnte.

Allein so unwiderleglich auch beim ersten Anblick dieses Dilemma erscheint, so stellt sich doch dasselbe bei näherer Betrachtung als auf einem unrichtigen Schlusse beruhend dar. Denn wie? Könnte nicht, einstweilen die Wahrheit der Prämisse zugegeben, jene doch nur formale — weil bloß von der Classification des Strafzwanges in dem Systeme der Zwangsrechte entlehnte — Schwierigkeit einfach dadurch gehoben werden, daß man sagte: der Strafzwang müsse, da er ein von dem Entschädigungs- dem Nothwehr- und dem Präventionszwange verschiedener Zwang sey, eben deshalb als eine selbstständige, oder besondere Art des Zwanges aufgefaßt werden? Er sey nämlich nicht Entschädigungszwang, weil die bürgerliche Strafe außer und neben der Entschädigung des Verletzten eintrete. Auch nicht Zwang zur Nothwehr, weil dieser eine unmittelbar bevorstehende, die Strafe hingegen eine geschehene Rechtsverletzung voraussetze, und neben den, wenn auch noch so bedeutenden Verletzungen, die der widerrechtliche Angreifer bereits erlitten habe, in Anwendung komme. Endlich auch nicht Präventionszwang, weil dieser nicht der Straf- sondern der Polizeigewalt des Staats angehöre, und mit der Strafe gegen den Uebertreter noch Präventionsmaßregeln verbunden werden könnten, und sehr häufig verbunden würden, wie z. B. nach württemb. Rechte: Stellung unter besondere polizeiliche Aufsicht (mit der Verpflichtung, sich zu jeder Zeit willkürliche Haussuchungen gefallen zu lassen), Einsprechung in eine Beschäftigungsanstalt (welche nicht Strafe ist), Ausweisung des bestraften Ausländers aus dem Staatsgebiete (in Verbindung mit Prügelstrafe statt der Arbeitshausstrafe), Confiscation der Gegenstände des Verbrechens oder der Werkzeuge, womit dasselbe verübt wurde — woran sich noch der Verfall an den Actenfiscus schließt, welcher nicht unter den Begriff der Confiscation fällt, sondern darauf beruht, daß die inquisitorischen Untersuchungsacten sich ihre Belege nicht nehmen lassen, auf deren Grund sie materielle Wahrheit erfunden haben. Können diesemnach Entschädigungszwang und Strafe, Zwang zur Nothwehr und Strafe, endlich auch Präventionszwang und Strafe neben einander in Anwendung kommen, ja läßt sich selbst der Fall denken, daß in einem gegebenen Falle Nothwehr-

Entschädigungs- und Präventionszwang neben dem Strafzwange eintreten können — was bliebe wohl nach Regeln der Logik für ein anderer Ausweg übrig, als den Strafzwang, im Gegensatze von jenen Zwangsrechten, als eine besondere Art des Zwangrechts darzustellen?

Allein so einfach und natürlich auch dieser Ausweg erscheint, so bedarf es doch seiner nicht. Allerdings hat schon die bisherige, und wird auch die künftige Ausführung ergeben, daß der Strafzwang weder unter den Nothwehr- noch unter den Präventionszwang subsumirt werden kann, d. h. daß er seinem Wesen nach weder das eine noch das andere ist. Allein wodurch haben denn Feuerbach und Grolman bewiesen, daß derselbe auch nicht zum Entschädigungszwange gehöre, welcher auf dem Satze beruht, daß, wer eine Verletzung zugefügt hat, verpflichtet sey, den dadurch angestifteten Schaden zu ersetzen (zu vergüten, zu tilgen)? Dieser Beweis ist bei ihnen kein anderer, als daß sie der Strafe eine Richtung auf die Zukunft geben, jener durch General-, dieser durch Spezialprävention, obgleich Feuerbach gegen Grolman (nur nicht gegen sich selbst) richtig nachgewiesen hat; daß eine solche Richtung der Strafe auf die Zukunft der Idee derselben durchaus widerspreche, und umgekehrt dieser gegen jenen, daß der Begriff der Strafe nicht gleichbedeutend sey mit angedrohter Strafe oder Strafgesetz. Eben so wenig beweist die mögliche, selbst regelmäßige Verbindung des Entschädigungs- mit dem Strafzwange etwas dagegen. Denn, da das Verbrechen eine Verletzung in doppelter Richtung enthält, vorerst des Individuums, welches zunächst oder unmittelbar dadurch getroffen, sodann des Staats, der, oder dessen Ordnung, zugleich mit verletzt wird: so gebietet die Idee des Rechts, diese gleichzeitig nach zwei Seiten oder Richtungen eingetretene, mithin doppelte Verletzung, soweit die Mittel dazu reichen, vollständig wieder gut zu machen, oder wie man auch sagen kann, zu tilgen, zu sühnen. Schadensersatz allein, ohne Strafe, und Strafe allein, d. h. ohne Schadensersatz, wären daher nur halbe Tilgung der Verletzung (des Unrechts).

Zwar setzt der gemeine, und auch der wissenschaftliche Sprachgebrauch Schadensersatz und Strafe einander entgegen. Allein

hievon liegt der Grund nur in der Verschiedenheit der Normen, nach welchen, und der Behörden, durch welche dieselben beurtheilt werden. Die bloße Verschiedenheit der positiv rechtlichen und processualischen Normen, so wie die verschiedene Zuständigkeit der Behörden, können aber den Rechtsphilosophen so wenig hindern, den Begriff des Ersatzes, der Entschädigungs- oder Vergütungspflicht ꝛc. in einem weiteren Sinne zu nehmen, daß er vielmehr genöthigt ist, einen allgemeinen oder Gattungsbegriff für die, aus einer und derselben rechtswidrigen Handlung entspringende doppelte Verletzung aufzustellen, weil und inwiefern die gleichen allgemeinen Merkmale auf beide passen. Dieser Gattungsbegriff wäre der des Ersatzes, der Entschädigung, der Vergütung im weiteren Sinne, und der darauf sich beziehende Zwang der Entschädigungs- oder Vergütungszwang im weiteren Sinne, der dann wieder in den Entschädigungszwang im engeren (civilrechtlichen) Sinne, und in den Strafzwang (Entschädigungs-, Vergütungszwang im strafrechtlichen Sinne) zerfiele.

Die von Feuerbach, wie von Grolman verkannte Wahrheit, daß Schadensersatz und Strafe auf demselben rechtlichen Fundamente beruhen, nämlich auf der Pflicht des Verletzers, den durch seine Illegalität nach zwei Seiten oder Richtungen zugefügten Schaden zu vergüten — scheint freilich beim ersten Anblick die Sache nicht zu erschöpfen. Denn Verbrechen können noch viel weiter greifen, und es ist eben, wie Bentham richtig bemerkt, die eigenthümliche Natur oder Beschaffenheit des Bösen, daß es, über das selbstgesteckte Ziel hinaus, sich in weiteren und immer weiteren Kreisen verbreitet, so daß der wahre Schaden, den das Böse anstiftet, sich vollständig niemals berechnen läßt. Allein für die ohnehin ja nur beschränkte menschliche Gerechtigkeit, insbesondere für die Auffassung des Wesens oder der Natur der Strafe, wovon es sich hier allein handelt, reicht es vollkommen hin, die Haupt- oder wesentlichen Richtungen des Verbrechens in's Auge zu fassen, indem alles Uebrige nicht auf den Begriff, sondern nur auf die Größe der Ersatzpflicht im weiteren (civil- und strafrechtlichen) Sinne von Einfluß ist. So z. B. können durch Eine gesetzwidrige Handlung mehrere Personen zugleich, also auch der

Staat mehrfach in seiner Ordnung verletzt werden (ideale Concurrenz), wovon erhöhte Ersatzpflicht und größere Strafe die rechtlich nothwendige Folge ist. Eben so, wenn die Uebertretung von der Beschaffenheit ist, daß sie ausser ihrer verletzenden Richtung auf den Staat im Allgemeinen, diesen noch in einer, oder in mehreren besonderen Richtungen und Beziehungen verletzt, wie z. B. wenn ein öffentlicher Diener ein gemeines Verbrechen verübt, welches zugleich eine Verletzung der Ordnung des öffentlichen Dienstes enthält, und daher strenger geahndet werden muß. Dieß Alles bestimmt aber nicht den Begriff, sondern nur das Maaß der Strafe.

Insofern reicht es vollkommen hin, den durch das Verbrechen angestifteten Schaden nach den beiden Hauptrichtungen, in welchen derselbe regelmäßig (denn es giebt auch strafbare Handlungen ohne Rechtsverletzung) hervortritt, zu unterscheiden. Dieser Schaden, bezogen auf das unmittelbar verletzte Subject, ist ein physischer, hingegen, bezogen auf die Rechtsordnung, ein moralischer — nicht: idealer, wie man zu sagen pflegt, weil diese Art des Schadens nicht minder real ist, als jene, und das „moralisch" nicht nur den natürlichen Gegensatz von dem physischen bildet, sondern die Vermeidung desselben bloß auf dem verwerflichen Gegensatze von Recht und Moral beruht. Sofern diesemnach die Idee des Rechts gebietet, daß der angestiftete Schaden, so weit die Mittel dazu reichen, vollständig vergütet (getilgt, gesühnt) werde, stellen sich Schadensersatz und Strafe als Ausfluß desselben Rechtsprinzips dar, was auch, da beide aus derselben Handlung entspringen, gewiß natürlicher ist, als mit Grolman für dieselben ein verschiedenes Fundament anzunehmen — nämlich die Ersatzpflicht auf den Entschädigungszwang, die Strafe dagegen auf den Präventionszwang zu gründen.

Zwar stützt sich Grolman für seine Ansicht noch insbesondere auf das allgemein anerkannte Recht der Nothwehr, welches ebenfalls nur auf einer Gefahr vor künftiger Verletzung beruhe, und bloß durch den Grad der Gefahr von dem Präventionszwange unterschieden sey. Allein dieses: „bloß" kann man keineswegs zugeben. Denn zur Nothwehr wird ein solcher rechtswidriger

Angriff vorausgesetzt, dessen Vollführung, wenn ihm nicht sofort thätlicher Widerstand entgegengesetzt wird, als rechtlich gewiß (in dem obigen Sinne des Worts) angenommen werden muß. Eine solche rechtlich gewisse Gefahr vor Wiederholung des Verbrechens bereitet aber derjenige, welcher einmal verbrochen hat, seinen Mitbürgern nicht. Vielmehr kann hier nur von einer Vermuthung, oder höchstens einer Wahrscheinlichkeit die Rede seyn; für eine ungewisse künftige Verletzung darf aber nach Rechtsgrundsätzen kein gewisses gegenwärtiges Uebel verhängt werden. Auch bei dem versuchten Verbrechen, bei dem es in der Regel an einer Beschädigung fehlt, ist bürgerliche Strafe nicht darum begründet, um die Gefahr vor künftiger Vollendung des Verbrechens zu beseitigen; sondern sie ist gerichtet gegen den rechtswidrigen Willen, welcher sich, und weil er sich auf gemeinschädliche (die Rechtsordnung verletzende) Weise durch äußere Handlungen Kund gegeben hat.

Wenn endlich Grolman den Rechtsgrund der (Präventions-) Strafe von dem rechtlichen Zweck derselben unterscheidet, so ist dieß mindestens überflüssig, und erinnert an Feuerbach's Bestreben, die Strafe mit verschiedenen Rechtsgründen und Zwecken zu versehen, damit sie möglichst sicher gestellt werde. Nach Grolman's Deduction beruht die Strafe, ihrem rechtlichen Grunde nach, auf der Nothwendigkeit der Abwendung einer Gefahr vor Wiederholung des Verbrechens, und ein anderer rechtlicher Zweck der Strafe, als die Abwendung dieser Gefahr, kann nicht gedacht werden. Auch ergiebt sich die rechtliche Gränze der Strafe hiernach (nach jenem Rechtsgrunde) von selbst, nämlich dahin: Strafe ist so weit, aber auch niemals weiter zulässig, als zur Abwendung jener Gefahr nöthig ist. So drückt sich auch Grolman selbst a. a. O. S. 88 aus, indem er bemerkt: „Der Mensch hat ein Strafrecht nur so weit, als ein rechtlicher Grund desselben vorhanden ist. Mit der Aufhebung „dieses Grundes" — der Erreichung „des rechtlichen Strafzwecks" — ist es selbst aufgehoben." Dieß heißt mit andern Worten: Rechtsgrund und rechtlicher Zweck der Strafe fallen zusammen, oder haben den gleichen Inhalt. Wie konnte daher Grolman in der gleichen Schrift

behaupten, daß „lediglich der Zweck" die verschiedenen Arten der Strafe (göttliche, natürliche, bürgerliche) von einander unterscheide, und daß ohne Erkenntniß des „Zwecks" der bürgerlichen Strafe ein rechtlicher Maaßstab derselben nicht möglich wäre? In beiden Beziehungen reicht vielmehr schon die Aufstellung des rechtlichen Grundes der Strafe hin, und damit fiele die Aufstellung eines rechtlichen Zwecks derselben als überflüssig hinweg.

Soll aber gleichwohl, und so will es einmal Grolman, ein rechtlicher Zweck der Strafe angenommen werden, so kann dieß nur den Sinn haben, daß, so wie nach Feuerbach's Androhungstheorie die Abschreckung (der psychische Zwang), als rechtlich zulässiges Mittel für die Erhaltung der Rechtsordnung, den Mittel- oder besonderen Zweck der Strafe bilde, durch welchen daher das rechtliche Strafmaaß bestimmt werde — so nach Grolman's Theorie die Prävention, als rechtlich zulässiges Mittel für die Erhaltung der Rechtsordnung (der allgemeinen rechtlichen Freiheit), den besonderen oder Mittelzweck der Strafe bilden soll, von welchem daher der rechtliche Maaßstab der Strafe abhängt. Auf diese Weise stellt sich zugleich der Gegensatz zwischen beiden Theorieen am anschaulichsten dar, und diesen muß man fortwährend im Auge behalten, weil Grolman's Theorie zugleich Strafandrohungstheorie ist.

Daß diese Combination ihr keine innere Haltbarkeit gewähren könne, ist freilich einleuchtend. Dagegen verdient es als ein Vorzug dieser Theorie (dieselbe als Spezial-Präventionstheorie aufgefaßt) hervorgehoben zu werden, daß sie den Schuldigen wenigstens nicht mit doppelten Ruthen züchtigt, nämlich erst durch Strafen, und dann durch Sicherungsmittel, oder, wo jene unstatthaft sind, mit diesen nachhilft. Denn nach Grolman sind alle Strafen nur Sicherungsmittel, und deshalb bedarf er nicht solcher Begriffsspältereien, wie sie in der neueren Jurisprudenz immer häufiger vorkommen, obwohl sie schon an dem gesunden Verstande des Verbrechers scheitern müssen. So giebt es „Reclusionen" des Sträflings in eine Strafanstalt nach erstandener Strafe, oder Einsperrung desselben in einen polizeilichen Verwahrungsort, unter dem Namen: „Polizeiaufsicht" — als Sicherungsmittel (Wächter,

Strafarten und Strafanstalten des Kgr. Württemberg S. 65, v. Hinsberg, über den revidirten Baier. Entw. v. 1827 S. 85 fg., Erinnerungen über den Entw. von 1831 S. 59 fg.); „Einsprechung" oder „Versetzung" in eine Beschäftigungsanstalt nach erstandener Strafe — gleichfalls nicht zur Strafe, sondern nur als Sicherungsmittel (Mohl, das württemb. Polizeistrafgesetzbuch S. 42); Stellung unter besondere polizeiliche Aufsicht, verbunden mit sehr empfindlichen bürgerlichen Nachtheilen, welche die Gerichte nicht zur Strafe (vgl. Art. 8 des württemb. Str.G.B.), sondern als Sicherungsmaßregel auf's Ungewisse verhängen, ohne dabei das Recht zu haben, sie wieder aufzuheben, indem diese Befugniß nur den Polizeibehörden zusteht, und ohne daß Cautionsleistungen gegen die Verhängung einer solcher Maßregel schützen (Commentar ꝛc. Thl. 1 S. 389 — 402); Entfernung eines öffentlichen Dieners vom Amte, nicht als Strafe, sondern als Administrativmaßregel nach erstandener Strafe, oder bei erfolgter Instanzentbindung ꝛc.

Solche Mittelbegriffe zwischen Strafe und polizeilichen Sicherungsmitteln (im eigentlichen Sinne), oder Maßregeln, oder wie man sie sonst nennen will, sind, wie schon Wächter a. a. O. S. 27 — 30 ausgeführt hat, völlig verwerflich. „Die Polizei, sagt derselbe, soll allerdings die dienlichen Mittel ergreifen, wodurch Verbrechen möglichst verhindert, die Bürger vor Verletzungen thunlichst gesichert, und Gefahren, die der inneren Sicherheit drohen, abgewendet werden. Sollen aber diese Mittel nicht in den Kreis der „Strafgewalt" übergehen, sollen sie „keine Strafen" seyn, so dürfen sie, wenn sie gegen einen Verbrecher ergriffen werden, nicht in einer Entziehung oder Schmälerung von „Rechten" durch zugefügte Leiden oder Freiheitsbeschränkung bestehen. Denn was ist (bürgerliche) Strafe anders als — wie Allgemein zugegeben wird — ein vom bloßen Ersatze des Vermögensschadens verschiedenes, positives, die Rechte einer Person beschränkendes oder aufhebendes Uebel, zugefügt wegen eines begangenen Verbrechens? Somit sind also auch Polizeimaßregeln, durch welche, wegen eines begangenen Verbrechens, gegen den Verbrecher mittelst Beschränkung seiner Freiheit und seiner

(oder sonstiger) Rechte gesichert werden soll, nichts anders als „Strafen", denen man nur den besondern Zweck der Sicherung beilegt. Werden sie daher dem Verbrecher noch zugefügt, nachdem er die gesetzliche Strafe seines Verbrechens erstanden hat, so wird er eben auf eine widerrechtliche Weise wegen desselben Verbrechens zweimal gestraft. Zwar sucht man diese zweite Strafe unter dem Namen eines Sicherungsmittels zu verdecken. Allein in einem gewissen Sinne ist jede Strafe ein Sicherheitsmittel, und nach manchen Strafrechtstheorieen hat ja die Strafe gar keinen andern Zweck, als zu sichern. Der besondere Zweck, wegen dessen man straft, und den man durch die Strafe erreichen will, ändert den Begriff der Strafe nicht, und Strafe bleibt es, mag der Staat zur Abschreckung, sey es auch auf die ungerechteste Weise, oder zur Sicherung vor dem Verbrecher, oder zur Besserung des Verbrechers diesem ein Uebel wegen seines begangenen Verbrechens zufügen. So kann daher auch die Polizei strafen, aber nur wenn und so weit die Gesetze ihr eine Strafgewalt einräumen."

„Die Polizei kann aber auch polizeiliche Maßregeln „ohne Strafe" verhängen. Allein diese müssen dann, wenn sie wegen eines begangenen Verbrechens verhängt werden, und nicht in Strafe übergehen sollen, in solchen Vorkehrungen bestehen, durch welche die Freiheit des Bürgers nicht beschränkt wird. Denn aus dem Begriff und Wesen der Polizeigewalt, im Gegensatze von der eigentlichen Strafgewalt, folgt nur, daß sie Anstalten zur Sicherung der Bürger und der Rechtsordnung treffen kann, durch welche Verbrechen „ohne Strafe", d. h. ohne Zwang und Leiden, und ohne Rechts- und Freiheitsbeschränkung Einzelner wegen begangenen Unrechts, verhütet werden. Sobald sie aber die Freiheit Einzelner wegen Verbrechen beschränken will, geht sie in die „Strafgewalt" über. Eine solche kann ihr allerdings das Gesetz für einzelne Fälle übertragen; allein dann steht sie unter den Normen, welche für die Strafgewalt im Staate bestehen. Nehmen wir dieses Prinzip nicht an, geben wir vielmehr zu, daß die Polizeigewalt „alle" Mittel anwenden kann, durch welche vor dem Einzelnen, der nicht gerade in einem Angriffe

begriffen ist, gesichert werden kann: so ist die Polizei das unrechtliche Organ, wodurch alle, durch die Gesetze geschützte Freiheit des Bürgers gebrochen, und mit Füßen getreten werden kann. Es wäre dann bloß das Prinzip der Mäßigung und der Klugheit, welches die Polizei abhalten könnte, diese Sicherheitsmaßregeln nicht bis zum Gefängnisse, ja bis zum lebenslänglichen zu steigern. Es sagt daher Jarcke, Handbuch des Strafrechts Thl. 1 S. 287, ganz mit Recht: „Polizeiliche Maßregeln, welche die Regierung nach ausgestandener Strafe verhängt, wenn sie sich bis zur Detention oder Verstrickung erstrecken, oder sonst einen Zwang oder ein Leiden an dem Verbrecher enthalten, müssen als Theil der Strafe angesehen werden.“ Man wende dagegen nicht die Ausweisung ausländischer Verbrecher nach erstandener Strafe ein; diese ist eine polizeiliche Maßregel, keine Strafe (Nebenstrafe), weil nach den dermalen bestehenden staatsrechtlichen Verhältnissen der Ausländer wenigstens kein Recht auf den Aufenthalt im Lande hat.“

Hiernach giebt es nur das Dilemma: entweder hat das Individuum ein solches Uebel verdient, oder er hat es nicht verdient. In jenem Falle nenne man es, was es ist, Strafe, und beurtheile es nach den vom Strafrechte geltenden Normen; in diesem stehe man davon ab, weil der bloße Name: Sicherungs- oder administrative Maßregel ꝛc. das Unrecht nicht zum Recht machen kann.

Weshalb verurtheilt man nicht z. B. unverbesserliche Vaganten, Bettler, feile Dirnen ꝛc. zur „Strafe“ der Einsperrung in eine Beschäftigungsanstalt, wenn sie ein solches Uebel verdienen, statt sie nach Erstehung der s. g. gesetzlichen Strafe — dort „einsprechen“ zu lassen, wie wenn es gelte, bei einem guten Freunde einzukehren? Weshalb steht die Stellung unter besondere polizeiliche Aufsicht, die doch Strafe, und zwar eine sehr empfindliche (Nebenstrafe — oft Hauptstrafe) ist, nicht in dem Verzeichnisse der Strafen des Art. 8 des württemb. Str.G.B.? Wie kann man ferner die Gerichte diese Strafe auf's Ungewisse hin, d. h. bevor sie die Wirkung der Hauptstrafe an dem Verbrecher erkannt haben, verhängen lassen, ja ihnen das Recht verweigern

dieselbe wieder aufzuheben, wenn sie sich später als unverdient, mithin ungerecht erzeigt? Endlich, wie sollten wohl nach Rechtsgrundsätzen Strafen da verhängt werden dürfen, wo dem Staat mildere Maßregeln, z. B. Bestellung von Cautionen, zu Gebote stehen, und ihn genügend gegen den Verdächtigen schützen?

Eben so, wenn ein öffentlicher Diener im Administrativwege von seinem Amte „entfernt" wird (denn ihn des Dienstes „entlassen" können nur die Gerichte), und derselbe diese Entfernung verdient hat, weshalb wird sie nicht gegen ihn als (administrative) Strafe verhängt, wie sie es ihrem Wesen und ihren Wirkungen nach unzweifelhaft ist? Und umgekehrt, weshalb unterbleibt sie nicht, wenn sie nicht verdient ist?

Am weitesten hat es unstreitig die württ. Strafproceßordnung in der Unterscheidung von Strafen und Maßregeln gebracht, indem sie den Angeschuldigten, welcher bei zweifelhaften Anzeigen der Schuld alle, oder doch über relevante Fragen Antwort verweigert, erst „straft", und wenn dieß nichts hilft, so „maßregelt", daß er — man denke: bei zweifelhaften Anzeigen der Schuld vom Standpuncte einer, den Richter hinsichtlich der Thatfrage so gut wie ganz emancipirenden Str.Pr.O. — möglicherweise in der Strafanstalt zeitlebens zurückbehalten werden kann. Hiernach muß man zwischen lebenslänglich zum Zuchthause Verurtheilten, und lebenslänglich zum Zuchthause Gemaßregelten (Angeschuldigten) unterscheiden, und kann die Feinheit dieser Distinction wohl gar noch bewundern. Aber man wird vielmehr sagen müssen: solche Surrogate der bisher üblichen Prügelstrafe — als Zwangserforschungsmittel der Wahrheit, d. h. zur Erzielung eines „freien" Bekenntnisses der Schuld — dienen zum Beweise, daß der inquisitorische Strafproceß seinen Culminationspunct erreicht haben müsse.

Fern sey es, diese modernen Begriffsspältereien, welche mehr und mehr allen Rechtsboden untergraben (denn ein praeter jus giebt es einmal nicht, sondern nur ein secundum, oder ein contra jus), der Grolman'schen Präventionstheorie zuzuschreiben. Allein so viel ist gewiß, daß man sie in diesem Sinne ausbeutete, und die so gewonnene Ausbeute mit den Grundsätzen der psychischen Zwangstheorie (Feuerbach's) verband. So wirkten

gemeinschaftlich beide Theorieen höchst nachtheilig im Leben, und niederschlagend ist es, auch noch jetzt die Präventionstheorie ergänzend da eingreifen zu sehen, wo die, ohnehin schon viel zu weit greifende Abschreckungstheorie nicht mehr ausreicht.

Ist die Präventionstheorie, wie dargethan wurde, verwerflich, weil ihr Fundament kein rechtliches ist, so eignet sie sich auch nicht zur Ergänzung der noch verwerflicheren, weil weit gefährlicheren, Abschreckungstheorie im Sinne Feuerbach's. Nur darf man sie nicht ungerecht verurtheilen, muß daher auch bei ihr, wie bei den bisher geprüften Theorieen, zwischen gegründeten und ungegründeten Einwendungen unterscheiden. Denn an Uebertreibungen fehlt es auch hier nicht.

Dahin gehört erstlich der Einwand, daß die Präventionstheorie alle Strafgesetzgebung überflüssig und unmöglich mache. Allein Grolman erklärt ja ausdrücklich in seiner letzten Deduction die Generalprävention (Abschreckung durch das Strafgesetz) für einen wesentlichen Bestandtheil seiner Theorie, theils weil der Staat verpflichtet sey, dieses allgemeine Sicherungsmittel zu benutzen, theils um der richterlichen Willkür einen eben so unentbehrlichen Damm entgegenzusetzen, zugleich aber auch, um dem Richter die volle Ausübung seiner Gewalt zu sichern. Dieß ist auch mit der Spezialprävention sehr wohl vereinbar. Denn worin sollte wohl das Widersprechende liegen, wenn der Gesetzgeber diejenigen Handlungen, welche nach dieser Theorie strafwürdig sind, in das Gesetz aufnimmt, und durch Festsetzung von Maxima und Minima den Richter in den Stand setzt, die nach Prinzipen der Präventionstheorie verdiente Strafe in jedem einzelnen Falle zu erkennen, sofern nicht wegen Unzulänglichkeit der (Spezial-) Abschreckungsstrafen, absolute Sicherungsstrafen eintreten sollen? Auch die Feuerbach'sche Theorie muß sich ja für die meisten Fälle mit Maxima und Minima der Strafen (Strafrahmen) nach einem mittleren Proportionalmaaße begnügen, weil es unmöglich wäre, für jeden Bürger besondere Abschreckungsgesetze aufzustellen. Wie kann daher der Präventionstheorie in ihrer Verbindung mit der Abschreckungstheorie zum Vorwurf gemacht werden, was die dagegen als Ideal aufgestellte Abschreckungstheorie im Wesentlichen

nicht befriedigender zu lösen vermag? Man verwechselt daher fortwährend Grolman's frühere Deductionen mit seiner letzten, und unterscheidet namentlich nicht zwischen den dort, und den zuletzt von ihm aufgestellten Prinzipen für das rechtliche Strafmaaß, die er eben zu dem Zweck mit großem Fleiße und vieler Selbstverläugnung umarbeitete, um dem Einwande zu begegnen, daß mit seiner Theorie eine Strafgesetzgebung unvereinbar sey; und man muß auch zugeben, daß es ihm vollständig gelungen ist, diesen Einwand zu beseitigen. Zwar Bauer, welcher noch zuletzt denselben gegen Grolman aussprach, hält sich — wie er sich ausdrückt — in dieser Beziehung (und noch in andern) an die „reine" Präventionstheorie, d. h. ohne ihre Verbindung mit der Androhungstheorie. Allein dieß heißt mit andern Worten, daß er eine andere Theorie als die Grolman'sche im Auge hat, und dann wird letztere durch diesen Einwand nicht getroffen. Ueberhaupt wird der wahre Standpunkt der Kritik verrückt, wenn man eine zusammenhängende Theorie, statt in ihrer Verbindung, nach willkürlichen Zerstückelungen beurtheilt. Nur darin irrt vom Standpuncte der Androhungstheorie Grolman, daß unbestimmte Strafgesetze sich besser zur Abschreckung eignen sollen, als (absolut oder relativ) bestimmte, mithin nur die noch nothwendigere Rücksicht, „Mißbräuche der richterlichen Gewalt zu verhüten", eine Festsetzung bestimmter (in der Regel, relativ bestimmter) Strafe gebieten könne. Doch darf nicht übersehen werden, daß Grolman jenen Satz nicht apodictisch ausspricht, sondern ihn nur für wahrscheinlich ausgiebt, obwohl ihm sonst freilich die Wahrscheinlichkeit schon als juridische Gewißheit gilt.

Ungegründet ist zweitens der Einwand, daß Grolman's Theorie consequenter Weise zur Bestrafung der bloßen rechtswidrigen Gesinnung, d. h. auch ohne correspondirende äussere Handlung, führe. Man setze aber, Grolman hätte es gewagt, den Satz auszusprechen: jeder rechtswidrige Entschluß lasse „rechtlich gewiß" auch dessen Vollführung besorgen, was würde man da nicht erst zu tadeln und zu widerlegen gehabt haben? Eine solche Kritik, welche tadelt, was nicht geschehen, und das Geschehene noch mehr tadeln würde, ist, am mildesten ausgedrückt, eine

unredliche Critik, und erinnert ganz an jene Verurtheilungen in Hexenprocessen. „Hier mochte man, sagt Soldan, Geschichte der Hexenprocesse, Stuttg. 1843 S. 258, eine Handlung gethan, oder eben dieselbe Handlung unterlassen haben, so war es ein gleich wichtiges Indicium der Schuld. Der nachlässige Besucher des Gottesdienstes war verdächtig; aber der fleißige nicht minder, weil sein Benehmen die Absicht verrieth, den Verdacht von sich abzuwälzen. Zeigte sich Jemand bei der Gefangennehmung furchtsam und erschrocken, so war dieß die Aeusserung des bösen Gewissens; benahm er sich aber gelassen und muthig, so hatte ihn der Teufel verhärtet und verstockt. Redete man gegen die Hexenprocesse, nahm man sich der Verfolgten an, bezweifelte man die Wahrheit der magischen Gräuelgeschichten, so war dieß eine oratio pro domo; ging man dagegen im Lobe der Inquisitoren und ihrer Bestrebungen etwas zu weit, so galt dieß als eine höchst verdächtige captatio benevolentiae. Unverzügliches Denunciren einer vermeintlichen Zauberhandlung hatte den Vorwurf verdächtiger Voreiligkeit zu befürchten; aber das Unterlassen der Denunciation war wiederum Begünstigung des Lasters. Wer einer aufkommenden Diffamation nicht schleunig durch gerichtliche Schritte begegnete, ließ eines der stärksten Indicien gegen sich befestigen; wer dagegen klagte, überlieferte sich unvermeidlich allen Chikanen eines gefährlichen Processes, indem es nicht schwer hielt, ihn durch allerhand angebliche Indicien noch mehr zu verdächtigen. Heilte Jemand einen Kranken, so galt dieß leicht als Wirkung angewandter Zauberkünste; aber auch die Verschlimmerung desselben wurde den gleichen Mitteln zugeschrieben, ꝛc." Hier darf man mit Recht ausrufen: Wehe dem Angeschuldigten des geheimen Inquisitionsprocesses, wenn derselbe in einen solchen circulus inextricabilis geräth, daß, er mag gewisse indifferente Handlungen gethan, oder eben dieselben Handlungen unterlassen, er mag sie so, oder er mag sie anders gethan haben, stets Verdachtsgründe (Anzeigen der Schuld) daraus wider ihn abgeleitet werden. Vgl. Jordan's Selbstvertheidigung gegen das Urtheil des Marburger Criminalsenats, 1844.

So schlimm steht es hier freilich mit der angeschuldigten

Grolman'schen Theorie nicht, wie wenn ihr Daseyn durch die bezeichnete Art der Kritik gefährdet würde; denn eine falsche Dialektik ist leicht erkennbar. Allein dieser unredlichen Waffen sollte man sich auf dem Gebiete der Wissenschaft allen Ernstes enthalten, wenn sie auch nicht so gefährlich sind wie Criminal-urtheile, die auf eine solche Dialektik gebauet sind.

Eben so ungegründet ist drittens der Einwand, daß, vom Standpuncte der Grolman'schen Theorie, unter allen Strafen die Todesstrafe das sicherste und zweckmäßigste Mittel zur Unschädlichmachung des Verbrechers für die Zukunft sey, mithin consequenterweise diese Strafe am häufigsten angewendet werden müßte. Auch hier nennt man Consequenz, was vielmehr die höchste Inconsequenz wäre. Denn wie sollte, da die Gefährlichkeit des Uebertreters für die Zukunft sehr verschiedene Abstufungen zuläßt, ohne Rücksicht hierauf für alle, oder doch die meisten Uebertretungen ein und dasselbe absolute Strafübel angedroht werden können, ohne alle Proportion zwischen Schuld und Strafe zu vernichten? Und wie kann vom Standpuncte dieser Theorie eine solche Vernichtung aller Proportion gedacht werden, da das Begründete nicht weiter reichen kann als sein (rechtlicher) Grund?

Dagegen muß man freilich zugeben, daß die von Grolman für die rechtliche Zulässigkeit der Todesstrafe, als absoluter Sicherungsstrafe, geltend gemachten Gründe nicht überzeugend sind. Denn wie kann man von allen s. g. Kapitalverbrechern, z. B. Mördern und Hochverräthern, auch nur mit einiger Sicherheit („rechtlich gewiß") behaupten, daß bei ihnen alle Abschreckungsstrafen vergeblich seyen, mithin dem Staat nur übrig bleibe sie zu vertilgen, wie derselbe seine geschwornen Feinde im Kriege vertilgt? Und nun gar, wenn man jene vierzehn Fälle im Auge hat, für welche das württemb. Str.G.B. nach der amtlichen Inhaltsgnzeige S. 155 die Todesstrafe angedroht hat, die aber in der Wirklichkeit weit mehr betragen, weil in einigen Artikeln diese Strafe mehreremal (für verschiedene Handlungen) angedroht ist. So im Art. 187 Ziff. 1 für Aufruhr in Concurrenz entweder mit Todschlag, oder mit Brandstiftung, oder mit Raub,

oder mit Nothzucht, also in vier Fällen; so in den Artt. 241 und 242 gar in sieben Fällen, nämlich im Art. 241 für Giftmord, für Gifttodschlag, und für Gifttödtung aus culpa dolo determinata, und im Art. 242 für die drei gleichen Fälle, und einen weitern vierten, nämlich, für Körperverletzung durch Gift unter den dort angegebenen Voraussetzungen. Würde wohl Grolman von seinem Standpuncte ein solches Uebermaaß der Todesstrafe durch die Wirkungslosigkeit aller Abschreckungs-, d. h. sonstiger Strafen rechtfertigen können? Aber freilich, man verdankt diese Unzahl nicht sowohl dem Grolman'schen Präventions-, als vielmehr dem Feuerbach'schen Abschreckungsprinzipe; denn Grolman spricht ausdrücklich von „ausserordentlichen Fällen, wo nach unsern Erfahrungen über den Menschen, keine höhere Rechnung auf die Wirksamkeit der abschreckenden Mittel möglich ist."

Allein, will die Präventionstheorie consequent seyn, und nicht ihre Consequenz der Abschreckungstheorie zum Opfer bringen, so kann sie die Todesstrafe niemals absolut, sondern nur relativ, d. h. nach den besonderen Umständen des Falles und deren Beschaffenheit, insbesondere mit Rücksicht auf die Individualität des Subjects, zulassen, und zwar — um dem gerade hier besonders gefährlichen, richterlichen Ermessen keinen zu weiten Spielraum einzuräumen — nur für solche Verbrechen, welche im Allgemeinen (in thesi) als todeswürdig (Kapitalverbrechen) gelten. In dieser Weise hat, vom Standpuncte der Präventionstheorie, sich auch Kleinschrod in seinem Strafgesetzes-Entwurf für Baiern §. 129—130 ausgesprochen, gegen den freilich Feuerbach, und zwar vom Standpuncte seiner Theorie ganz consequent, mit scharfen Angriffswaffen auftrat (Kritik des Kleinschrod'schen Entw., Thl. 2 S. 178 fg.). Allein die Frage über die rechtliche Zulässigkeit der Todesstrafe, und, diese vorausgesetzt, die weitere Frage, auf welche Fälle dieselbe rechtlich anwendbar sey, können weder vom Standpuncte der Präventions- noch der Abschreckungstheorie eine befriedigende Erledigung finden. Nach jener Theorie nicht, weil sie die Todesstrafe nicht um des verübten Verbrechens willen, sondern nur aus

Anlaß und Gelegenheit desselben zur Verhütung neuer Uebertretungen des Verbrechers verhängt wissen will; nach dieser Theorie nicht, weil sie die Todesstrafe nur als wirksames General-Abschreckungsmittel auffaßt. Beide Auffassungsweisen sind gleich verfehlt. Die Todesstrafe kann, wie jede andere Strafe, immer nur als rechtlich nothwendige Folge eines verübten Verbrechens, und, als eine auf der äussersten Gränze der Zulässigkeit liegende (weil die Fäden zwischen dem Diesseits und dem Jenseits zerreissende) Strafart, nur für die schwersten Verbrechen, und weil es der schwersten nur wenige giebt, eben deßhalb für nur wenige Verbrechen gerechtfertigt werden.

Da Grolman erst später, nämlich bei den Prinzipen für die Qualität und Quantität der Strafe, auf die Frage eingeht, für welche Fälle nach seiner Theorie (oder vielmehr Ansicht) die Todesstrafe geeignet sey, so kann auf diesen Gegenstand hier nicht weiter eingegangen werden; er mußte aber berührt werden, weil die absoluten Sicherungsstrafen gleich beim Beginn der Grolman'schen Deduction, und zwar, wie sich später ergeben wird, in den verschiedenen Deductionen auf verschiedene Weise hervortreten.

Somit bleibt als vierter, und letzter, unbegründeter Einwand nur der übrig, daß nach Grolman's Theorie auch die Einsperrung gemüthskranker Personen Strafe genannt werden müßte. Dieß ist freilich oft genug behauptet und nachgesprochen worden. Allein worin sollte wohl der Widerspruch liegen, je nach den Voraussetzungen einen polizeilichen, und einen gerichtlichen Präventionszwang zu unterscheiden? Ja, Grolman hätte sich, und mit Recht, dem schwersten Vorwurfe ausgesetzt, wenn er nicht so unterschieden hätte. Man wirft ihm also hier, wie bei dem obigen Einwande, eigentlich nur vor, daß er seinen Gegnern nicht noch stärkere Waffen gegen sich in die Hände gespielt habe; und hätte er dieß gethan, so stände es noch viel schlimmer um seine Theorie. Also wiederum dieselbe unehrliche Dialektik, welche sich hinter der Form einer angeblichen Inconsequenz verbirgt.

§. 78.

Nach dieser Prüfung des Fundaments der Grolman'schen Theorie gehen wir nunmehr zur Darstellung und Beurtheilung der höchsten Prinzipe des Strafrechts, nämlich über den Umfang des Strafgebiets, über die Qualität, und die Quantität der Strafen, vom Standpuncte dieses Systems über, und heben mit dem ersten dieser Prinzipe an.

„Verbrechen — sagt Grolman, Strafrechtswissenschaft 2te Ausg. §. 16 fg. — ist jede Aeußerung einer zur Strafe rechtlich auffordernden Stimmung des Willens. Es bedarf daher nur der Entwicklung der „rechtlichen Bedingungen der Strafe", um den Begriff des Verbrechens in seine Bestandtheile aufzulösen. Jede Strafe setzt aber, wenn sie eine rechtliche seyn soll, das in dem äusseren Gerichte erkennbare Daseyn ihres rechtlichen Grundes voraus. Mithin können: 1) nur äussere, auf Rechtsverletzungen gerichtete, und zwar 2) willkürliche Handlungen, bei welchen nicht 3) das Vorhandenseyn anderer Motive, ausser dem Präventionszwange, die Rechtlichkeit des Handelnden für die Zukunft verbürgt, eine Strafe rechtlich begründen. Nur aus diesen Bedingungen kann daher der vollständige Begriff eines Verbrechens construirt, und das Unterscheidungsmerkmal des Verbrechens von bloßen Rechtsverletzungen und Attentaten bestimmt werden. Verbrechen sind mithin solche äussere, auf Rechtsverletzungen gerichtete, willkürliche Handlungen, welche eine rechtliche Strafe (ein Präventionsübel) nothwendig begründen."

„Von diesen drei den Begriff des Verbrechens construirenden Characteren wird durch den ersten (das Merkmal: äussere, auf Rechtsverletzung gerichtete Handlung) das „Object" der ein Verbrechen bildenden Handlung, und durch die beiden andern (die Merkmale: willkürliche, und: eine rechtliche Strafe nothwendig begründende Handlung) werden die nothwendigen Beziehungen dieser Handlung auf „das handelnde Subject" bestimmt. Aus ihnen entwickeln sich die objectiven, und die subjectiven Verschiedenheiten der einzelnen Verbrechen."

(Bei der näheren Entwicklung dieser Merkmale weicht Grolman vielfach von Feuerbach's oben (§. 51—52) mitgetheilten

und beurtheilten Ansichten ab, obwohl er auch manche Unrichtigkeiten mit demselben theilt. So z. B. bemerkt er, Lehrbuch §. 21, ganz richtig „daß der bürgerlich Ehrlose und der Fremde, selbst ausser dem Staat, sehr wohl als Gegenstand einer Rechtsverletzung und eines Verbrechens erscheine." Ferner, Lehrbuch §. 30 vgl. mit §. 57, daß die Nichtmöglichkeit der Bestrafung von Personengemeinheiten „auf einem andern Grunde beruhe, als Feuerbach annehme" — nur daß auch Grolman den wahren Grund nicht getroffen hat, daß nämlich den Anforderungen der bürgerlichen Gerechtigkeit vollkommen Genüge geschieht, wenn hier die schuldigen Einzelnen bestraft werden, ein Mehreres also Ungerechtigkeit wäre. Eben so wenig macht Grolman, Lehrbuch §. 32, den Hauptgehülfen dem Begriffe nach zu einem „Urheber", und läßt auch nicht (Lehrbuch §. 34) das Complott und die Bande auf einem „gegenseitigen Infectionsverhältnisse" sämmtlicher Mitglieder solcher Verbindungen beruhen, wie so etwas auch in der medicinischen Praxis wohl nie einem Arzte vorgekommen seyn wird. Ferner ist ihm das — in Feuerbach's Begriffsbestimmung fehlende — Merkmal: „willkürlich" ein wesentliches Merkmal des Begriffs des Verbrechens, in dessen Gegensatz er (§. 39 Anm.) von Scheinverbrechen spricht, und er bestimmt dasselbe gegen Feuerbach's frühere Abschreckungsfähigkeits-Theorie, einfach und richtig dahin (§. 42 Anm.): „Willkürlich ist jede Handlung, welche als solche von unserm Belieben abhängig gewesen ist, in Ansehung deren wir mithin die psychische (besser: moralische) Möglichkeit gehabt hätten, sie anders zu bestimmen, wenn wir nur gewollt hätten". Eben so beruht (§. 49) die Strafbarkeit der Culpa „auf dem geäusserten Mangel der Willensbestimmung zur Sorgfalt und Besonnenheit", und dieser kann sich nicht nur (wie Feuerbach und die Meisten annehmen), bei einer erfolgten, „sondern schon bei einer erfolglosen Verletzung auf unzweideutige Weise darlegen, mithin zum Präventionszwange auffordern" — ein Satz, der allgemein zugegeben wird, wenn unter dem Präventionszwange der polizeiliche Präventionszwang (polizeiliche Strafe) verstanden wird, so daß der Streit über die culpa attentata eigentlich nur die Competenz der

Strafbehörde betrifft. Vgl. Breidenbach, Commentar über das Großh. hessische Str.G.B. Thl. 2 S. 24 und S. 119 Anm. Eben so muß Grolman, abweichend von Feuerbach, die Strafwürdigkeit eines mit absolut untaugiichen Mitteln unternommenen (versuchten) Verbrechens anerkennen, Breidenbach a. a. O. S. 154 fg., ꝛc.)

In Beziehung auf das letzte Merkmal des Verbrechens, nämlich die Nothwendigkeit der Strafe bemerkt Grolman, Lehrbuch §. 58, insbesondere folgendes: „Unmöglich erscheint die Strafe, wo der durch sie zu erreichende Zweck der Prävention schon ohne sie als erreicht betrachtet werden muß. Wo daher bei versuchten oder vollendeten Rechtsverletzungen die civilrechtlichen Folgen derselben ein „wahrer Schaden" (ein Uebel) für den Verletzenden werden, und zwar ein solcher Schaden, welcher nach den über die Größe der Strafbarkeit entscheidenden Grundsätzen „als hinlängliches Motiv" betrachtet werden muß, um die Vorstellung von den unangenehmen Folgen der Stimmung des Begehrens, woraus seine Handlung erfolgte, zur überwiegenden (Vorstellung) zu erheben, — da fällt, mit der Nothwendigkeit der Strafe, der zweite noch auffer der Willkürlichkeit der Verletzung erforderliche subjective Character (subjectives Merkmal) in dem Begriffe des Verbrechens, mithin dieser Begriff selbst, hinweg. Daher erklärt es sich z. B., weßhalb verwegenes Processiren, um anerkannt ungerechte Ansprüche durchzusetzen, oder sich anerkannten Verbindlichkeiten zu entziehen, kein Verbrechen ist (wie nach chinesischem Rechte, welches dem unterliegenden Theile eine Portion Bambushiebe auf die bloßen Fußsohlen dictirt, um vom frivolen Processiren abzuschrecken); daher erklärt es sich ferner, weßhalb unvorsichtige (culpose), aber durch Ersatz in der Regel leicht wieder vollständig aufzuhebende Verletzungen, in den Gesetzen nicht mit jenem Namen belegt und mit Strafe verfolgt werden".

Gehen wir auf die Prüfung dieser Sätze über, so tritt dem Beurtheiler zunächst der eigenthümlich gefaßte Begriff des Verbrechens entgegen, welcher zwar vom Standpuncte der Präventionstheorie richtig bestimmt seyn mag, aber an dem logischen

Fehler leidet, daß die Merkmale des Verbrechens nicht aus diesem selbst (aus der Beschaffenheit der Handlung), sondern aus „den rechtlichen Bedingungen der Strafe" abgeleitet sind. Dieß heißt freilich nach Grolman nichts anders, als den Begriff des Verbrechens aus der Präventionsidee ableiten; allein die „Aufforderung zur Prävention" gehört nicht zu den Merkmalen desselben. So viel erhellt aber, daß vom Standpuncte der Androhungs=, überhaupt der Nutzenstheorieen der Begriff des Verbrechens immer anders, d. h. je nach dem besonderen Standpuncte dieser Theorieen verschieden bestimmt wird, weil sie den besonderen oder Mittelzweck der Strafe (Abschreckung, Warnung, Prävention, Besserung ꝛc.), von welchem sie ausgehen, zu einem wesentlichen Merkmale des Begriffs des Verbrechens erheben, und daher genöthigt sind, dasselbe in ihre Begriffsbestimmung aufzunehmen. Allerdings unterscheidet der Mittelzweck der Strafe die verschiedenen Nutzenstheorieen von einander; allein nach Regeln der Logik kann, wie nachgewiesen wurde (§. 73), der bloße Zweck der Strafe nicht als ein wesentliches Merkmal des Begriffs des Verbrechens anerkannt werden.

Eine weitere Eigenthümlichkeit Grolman's besteht darin, daß Schadensersatz und Proceßkosten den Präventionsstrafzwang darum entbehrlich machen sollen, weil die Vorstellung dieser nachtheiligen Folgen ein hinreichendes, ja überwiegendes Motiv sey, um von gewissen Eigenthumsverletzungen und vom ungerechten Processiren abzuhalten. Allerdings gehört der Gedanke, daß da, wo der Civilzwang oder andere mildere Mittel zur Vergütung des angestifteten Schadens ausreichen, der Strafzwang rechtlich nicht begründet sey, den relativen Theorieen an. Allein in eine solche Verbindung mit der Abschreckungstheorie, wie es Grolman thut, hat selbst Feuerbach, von dem er doch die General-Abschreckung entlehnte, den Civilzwang nicht gebracht, und die ganze Lehre vom Schadensersatze würde eine Grundreform erleiden müssen, wenn man die Entschädigung nicht als Mittel der Vergütung, sondern der Verhütung künftiger Verletzungen auffassen wollte. Im Uebrigen hat freilich Grolman oft richtigere Ansichten als Feuerbach aufgestellt.

§. 79.

Ueber das zweite Prinzip des Strafrechts, nämlich die Qualität der Strafen (Strafarten, Strafmittel), spricht sich Grolman, Lehrbuch §. 60 fg., im Wesentlichen dahin aus:

„Als Präventionsübel können rechtliche Strafen nur in sinnlichen Leiden des Verbrechers bestehen, welcher zur Prävention aufgefordert hat. Der Unschuldige darf nie gestraft werden. Nie darf daher auch die Strafe des Schuldigen einen Unschuldigen treffen. Den Erben kann darum selbst nicht einmal die Vermögensstrafe treffen, welche, bei Lebzeiten des Erblassers noch nicht erkannt, für diesen als Strafe nicht wirken konnte."

„Rechtlich ist indeß jener Forderung Genüge geleistet, wenn nur dem Unschuldigen nicht um des Schuldigen willen der actuelle Zustand seiner Vollkommenheiten geschmälert wird. Die „Humanität" gebietet aber ausserdem, bei der Wahl der Strafübel darauf Rücksicht zu nehmen, daß selbst die Folgen derselben für die, mit dem Schuldigen verbundenen Unschuldigen, so wenig wie möglich empfindlich seyen."

„Als zum Zwecke der Prävention zuzufügende Uebel, theilen sich die rechtlichen Strafen, wie alle Präventionsmittel, in „absolute Sicherheitsstrafen" und „abschreckende Strafen" ein. Nur alternativ erscheinen diese beiden Strafarten als Mittel zur Prävention. Wo die letztere nach Grundsätzen möglich ist, stellt sich die erstere als zwecklos dar. Mit absoluten Sicherheitsstrafen noch andere, für die bezweckte absolute Sicherheit unnöthige, und daher an und für sich in das Verzeichniß der Abschreckungsmittel gehörende, sinnliche Leiden des Verbrechers zu paaren, muß daher das Gefühl der Humanität „als zwecklose Grausamkeit" mißbilligen, wenn sich ein solches Verfahren auch nicht als Ungerechtigkeit gegen den Verbrecher sollte darstellen lassen. Zum Theil hat diesen Grundsatz unser Zeitalter anerkannt, indem es sich laut und deutlich gegen die qualificirten Todesstrafen erklärt, und den Beweis der Achtung dieser Stimme in den neueren Gesetzreformen weiser Gesetzgeber gefunden. Daß aber die ausserordentlichen Qualen des im ewigen Gefängniße zum bürgerlichen

Tode Verdammten eben so wenig unserer Humanität Ehre machen, scheint man noch minder allgemein zu fühlen."

„Die absolute Sicherheitsstrafe soll dem Verbrecher die physische Möglichkeit, Rechtsverletzungen zu begehen, rauben. Sie muß daher die Möglichkeit, für willkürliche Zwecke in der Gesellschaft thätig zu seyn, für ihn vernichten, und ihn daher als Menschen tödten. Das bloß thierische Leben auffer der Gesellschaft braucht sie ihm für ihren Zweck nicht zu entziehen. Sie kann sich daher, statt physischer Tödtung, als bürgerlichen Tod für den Verbrecher, durch Einsperrung desselben zu ewiger Sklaverei, oder Deportation in menschenleere Gegenden (in bewohnte Gegenden wäre sie völkerrechtswidrig, und in unbewohnbare, Grausamkeit), ankündigen. Daß dieß aber geschehe, ist keine Rechtsforderung, weil, wenn der Mensch getödtet ist, dem Thiere keine Rechte übrig bleiben. Da die Todesstrafe demnach nicht widerrechtlich ist, so sind es einzig „politische" Rücksichten, welche ihren Gebrauch für die Gesetzgebung rechtfertigen. So werden Todesstrafen immer gerechtfertigt bleiben bei Verbrechen, welche aus einer Gesinnung hervorgehen, die ein Leben ohne Freiheit als werthvoll betrachtet. (So bei unverbesserlichen Gaunern und Gewohnheitsdieben, indem die Erfahrung gelehrt hat, daß diese verworfene Menschenclasse nach den Forderungen der Humanität eingerichtete Zuchthäuser als passende Versorgungsanstalten für das kraftlose Alter betrachtet). Eben so bei Verbrechen, welchen die Gesetzgebung den höchsten Grad der Strafbarkeit zuschreiben muß."

„Die Rücksicht aber, daß das Schauspiel des Schlachtens der Verbrecher, wenn es häufig gegeben wird, leicht Rohheit und Schwäche verrathen dürfte, wird die Gesetzgebung zu einer gewissen Mäßigung in dem Gebrauche dieser heroischen Mittel bestimmen müssen."

„Die abschreckende Strafe (im Gegensatze der absoluten Sicherungsstrafe) soll durch erregte sinnliche Leiden bei dem Verbrecher die Vorstellung erzeugen, daß selbst die Sinnlichkeit nur bei der Unterlassung von Verbrechen ihr Interesse finden könne. Sie soll dieß zu dem Ende thun, damit wir nach psychologischen

Gründen auf die Abwesenheit verbrecherischer Entschlüsse desjenigen rechnen können, dem wir, nach ausgestandener Strafe, die physische Möglichkeit dergleichen Entschlüsse zu realisiren, nicht entziehen. Sie soll daher den Verbrecher „bürgerlich bessern", und denselben, als in dieser Art Gebesserten, der vollen bürgerlichen Freiheit und Wirksamkeit wieder geben."

„Aus diesem Zweck der abschreckenden Strafe entwickeln sich die nothwendigen Grundsätze, nach welchen die Wahl der Strafmittel, welche ohne diese Rücksicht „nur die Schrecken roher Grausamkeit und barbarischer Martern verbreiten könnten", bestimmt werden muß. Jede Strafe ist hiernach unzweckmäßig und ungerecht, welche die politische Besserung des Verbrechers unmöglich macht, oder hindert."

„Jede Strafe ist unzweckmäßig, welche die Summe der, ausser der Furcht vor Strafen, in dem Menschen liegenden Motive zur Legalität verringert, und ihn so, oder wohl gar noch mit Erzeugung entgegengesetzter Motive, der bürgerlichen Freiheit wieder giebt. Unzweckmäßig sind daher:

„1) alle moralisch verderbenden Strafen, d. h. solche, welche der „unstreitig wünschenswerthen" selbstständigen, eben darum aber durch Zwang nicht zu bewirkenden, und zum positiven Zwecke der bürgerlichen Strafen untauglichen, „moralischen Besserung" des Verbrechers Hindernisse entgegenstellen. Dahin gehören: a) alle, Strafen, welche den Menschen der Verführung aussetzen, wie bei Arbeitshaus- und Zuchthausstrafen nach der gewöhnlichen Einrichtung derselben; b) alle Strafen, welche die Mittel zu einer zweckgemäßen Belebung der, mit der Moralität so innig verwandten „religiösen Gefühle" abschneiden, oder erschweren; c) alle, unedle Leidenschaften und Gemüthsbewegungen erzeugende oder nährende Strafen. Aus diesem Grunde sind alle, die Gränzen humaner Züchtigung überschreitende, alle bei dem Zuschauer von nicht ganz abgestumpfter Empfindung vorzüglich nur Mitleid erregende Strafen verwerflich, und das Gesetzbuch einer cultivirten Nation wird daher alle Strafmittel verbannen, welche, als Erfindungen der Rachlust sich ankündigend, das menschliche Gefühl empören, und zur Herzenshärtigkeit,

Verstocktheit, zur Rache und zum Haß gegen die Peiniger nöthigen. Eben so verwerflich sind:

„2) die bürgerlich verderbenden Strafen, d. h. solche, welche der unmittelbar zu bezweckenden „äusserlichen Besserung" Hindernisse entgegenstellen. Dahin gehören:

„a) diejenigen, welche die mächtige Triebfeder zum Wohlverhalten im Staat — den Ehrtrieb — ersticken. Wer vor dem Publicum niederträchtig behandelt und Allen als verächtlich dargestellt wird, muß beinahe mehr als menschliche Kraft besitzen, wenn er nicht auch wahrhaft niederträchtig und verächtlich werden soll. Darum muß auch in der Wahl der Strafart auf den Stand des Verbrechers, so lange dieser nicht selbst zur Strafe verwirkt ist, Rücksicht genommen werden, weil für denjenigen, bei welchem ein feinerer Sinn für Ehre und Schande vorausgesetzt werden soll, dasjenige leicht das Ehrgefühl tödtend seyn kann, was auf die große Menge nur gering einwirkt. Es sind hier die Strafen gemeint, welche durch das Medium der Haut wirken, oder in einem Anhalten zu roheren, bloß mechanischen Arbeiten bestehen". Ferner:

„b) gehören hieher alle diejenigen Strafen, welche eine Abgewöhnung von den beiden wichtigsten bürgerlichen Tugenden — Ordnung und Arbeitsamkeit, veranlassen können; und endlich:

„c) alle diejenigen, welche die nothwendigen Mittel zur legalen Existenz nach wiedererlangter Freiheit aufheben und beschränken" — unter Verweisung auf „das classische Werk von Arnim's, Bruchstücke über Verbrechen und Strafen, Frankfurt 1803."

§. 80.

Vergleicht man diese Prinzipe über die Qualität der Strafen mit den Feuerbach'schen Prinzipen, welch' ein, man möchte sagen, ungeheuerer Abstand. Während Grolman bei der Wahl der Strafarten auf Humanität, moralische Besserung, Erweckung religiöser Gefühle, Erhaltung des Ehrgefühls, und Gewöhnung an Ordnung und Arbeitsamkeit, das Hauptgewicht legt, weil sonst der Zweck der Strafe, nämlich den Uebertreter

für die Zukunft unschädlich zu machen, oder, was dasselbe ausdrückt, ihn juridisch zu bessern, nicht oder nicht vollständig erreicht werden könnte — sind der Feuerbach'schen Theorie die Begriffe Humanität, moralische Besserung, und nun gar Erweckung religiöser Gefühle völlig fremd, und juridische Besserung gilt ihr nur als Nebenzweck der Strafe, also unbeschadet des Hauptzwecks derselben (Abschreckung). Je mehr aber darin Grolman's Theorie vor der Feuerbach'schen ihre Lichtseite zeigt, um so auffallender ist es, daß Grolman den Satz aufstellen konnte: „der Schuldige, wenn er nicht mehr in der bürgerlichen Gesellschaft zu dulden sey, komme nur als Thier in Betracht, dürfe daher zur Strafe getödtet werden"; und daß er die Todesstrafe selbst für unverbesserliche Gauner und Gewohnheitsdiebe rechtfertigt. Der Verbrecher, welcher nicht mehr in der bürgerlichen Gesellschaft zu dulden ist, verliert darum nicht seine Eigenschaft als Mensch (als sittlich-intellektuelles Wesen), sondern nur die ihm als freiem Bürger zukommenden Rechte, und wenn eine Proportion zwischen Schuld und Strafe bestehen soll, so kann Todesstrafe, als die schwerste Strafe, nur für die schwersten Verbrechen gerechtfertigt werden (§. 78).

Fragt man überhaupt, ob sich vom Standpuncte der Präventionstheorie die Todesstrafe rechtfertigen lasse, so läßt sich diese Frage weder im Allgemeinen bejahen, noch im Allgemeinen verneinen; sondern es kommt darauf an, welchen Gang diese Theorie einschlägt. In dieser Beziehung dürfte es von Interesse seyn, nach Grolman's Schrift: Ueber die Begründung des Strafrechts S. 210 fg., die Unterschiede seiner Präventionstheorie von der seiner Vorgänger, namentlich Stübel's, kurz hervorzuheben.

Erstlich anerkennt Grolman eine doppelte Prävention, eine physische und eine psychische, mithin ausser denjenigen Strafen, welche zum Zweck haben, den Uebertreter von neuen Uebertretungen abzuschrecken, auch solche, welche ihn für die bürgerliche Gesellschaft völlig unschädlich machen sollen, unter diesen die Todesstrafe — während Stübel nur die psychische Prävention, von ihm die moralische (im Gegensatze nicht von rechtlich,

sondern von physisch) genannt, anerkennt, mithin consequenterweise die Todesstrafe als unzuläßig verwerfen muß, weil Hinrichtungen nicht zu den moralischen (psychischen), sondern physischen Mitteln der Unschädlichmachung für die Zukunft gehören, oder, wie man auch sagen kann, weil Strafen, wenn sie in ihrer Zufügung psychisch (abschreckend) wirken sollen, ein lebendes Wesen voraussetzen. Kurz, Hinrichtungen sind kein geeignetes Mittel, um dem bösen Willen des Verbrechers für die Zukunft eine fortdauernde rechtsgemäße Stimmung zu geben, oder mit andern Worten, ihn juridisch zu bessern. Denn Abschreckung von neuen Uebertretungen durch das Erleiden der Strafe fällt mit der juridischen (politischen) Besserung zusammen.

Mit der Besserung, sie sey juridische oder moralische, ist aber die Todesstrafe unvereinbar, indem es schon in den Propheten (Hesekiel 18, 20—23) heißt: „Denn, welche Seele sündiget, die soll sterben .... wo sich aber der Gottlose bekehrt von allen seinen Sünden, die er gethan hat, und hält alle meine Rechte, und thut recht und wohl, so soll er leben und nicht sterben ... Meinest du, daß ich Gefallen habe am Tode des Sünders, spricht der Herr Herr, und nicht vielmehr, daß er sich bekehre von seinem Wesen, und lebe?" Und (das. 33, 11): „Ich habe kein Gefallen am Tode des Gottlosen, sondern, daß sich der Gottlose bekehre von seinem Wesen, und lebe." Endlich (das. 18, 32): „Denn ich habe keinen Gefallen am Tode des Sterbenden, spricht der Herr Herr. Darum bekehret euch, so werdet ihr leben."

Von diesen Stellen hat man häufig Gebrauch gemacht, um die Zulässigkeit der Todesstrafe selbst vom Standpuncte des alten Testaments zu bestreiten; und allerdings müßte diese Strafe in christlichen Staaten von christlichen Gesetzgebern und Richtern verworfen werden, wenn sie wirklich durch das Christenthum untersagt wäre. Allein, was will der Prophet damit sagen? Nachdem er dem halsstarrigen, in seiner Abtrünnigkeit selbst durch Sophismen sich täuschenden, jüdischen Volke die Gründe seines namenlosen Elends, als verdienter göttlicher Züchtigung, vorgehalten, und demselben in Schauder erregender Weise neues

Verderben, als Strafen Gottes, angekündigt hat, fügt er — im Sinne der Propheten überhaupt — die Worte des Trostes hinzu, daß der Herr kein Gefallen daran habe, solche Uebel über das Volk und die Einzelnen zu verhängen, er daher, als rächender Gott, nicht dem rächenden Menschen gleiche, welcher Wohlgefallen an der Befriedigung der Rache habe. „Gott zürnet nicht, wie ein Mensch, daß er sich nicht versöhnen lasse" (Judith 8, 13). Vielmehr wolle er, statt Tod und Verderben, Leben und Gedeihen, deren auch die Bußfertigen im Volke, ja das ganze Volk theilhaftig werde, wenn es sich von seinen Sünden bekehre. Diese Bekehrung und Buße ist freilich nicht die wahre Sündenbuße, wie sie in dem neuen Bunde hervortritt, sondern nur eine äussere, man möchte sagen juridische (gesetzliche, vom Standpuncte des mosaischen Rechts), nämlich durch äussere Werke und eigene Gerechtigkeit. Allein man mag von der einen, wie von der andern Sündenbuße ausgehen, so ist die Frage über die Zulässigkeit der Todesstrafe, als bürgerlicher Strafe, vom Standpuncte der christlichen Religion (vgl. Abtheil. I. §. 75) eine völlig davon verschiedene und unabhängige Frage.

Dagegen vermißt man allerdings bei den Vertheidigern der (bloß) psychischen, oder, wie sie Stübel nennt, moralischen Prävention, wie bei manchen Anhängern der ihr nahe stehenden juridischen (§. 12), und selbst der moralischen Besserungstheorie (Abth. I. §. 38), alle Consequenz, wenn sie vom Standpuncte dieser Prinzipe gleichwohl die Todesstrafe für zuläßig erklären. So wollen Stübel und Schaumann da, wo psychische Präventionsstrafen (d. h. nach Grolman, Abschreckungsstrafen) voraussichtlich nichts fruchten werden, die Todesstrafe als äusserstes Noth- oder ausserordentliches Sicherungsmittel zulassen. Allein damit verlassen sie das rechtliche Fundament ihrer Theorie, und gehen in ein anderes System über. Dieser Vorwurf der Inconsequenz trifft aber Grolman nicht, da er in der angeführten Schrift von vorne herein die Zulässigkeit der Todesstrafe dadurch sichert, daß er mit Fichte zwar nicht von der völligen Rechtlosigkeit des Verbrechers, aber doch — dem analog — davon ausgeht, daß der Gefahr drohende Uebertreter als ein

Hinderniß der rechtlichen Freiheit (des Rechtszustandes) zu beseitigen sey, zu welchem Behuf sich ihm zunächst die physischen Unschädlichkeitsmittel darboten, an deren Statt erst, wenn sie nicht nothwendig sind, als mildere Mittel die psychischen (abschreckenden) Strafen eintreten sollen. Dieß, so wie die politische Besserung des Uebertreters durch die Strafe, erinnert stark an Fichte's Deduction, was auch von Grolman selbst (a. a. O. S. 217 Anm., in Verbindung mit seiner Beurtheilung jenes Systems in der Bibl. für peinliche Rechtswissenschaft Thl. 1. Stück 2) offen zugegeben wird, indem er bemerkt, daß Fichte's Theorie „der seinigen ähnlich sey". Und auch noch jetzt, d. h. vom Standpuncte seiner letzten Deduction, sind gewisse Anklänge an dieselbe nicht zu verkennen. Denn die absoluten (physischen) Unschädlichkeitsmittel werden auch hier von Grolman den psychisch wirkenden Strafmitteln vorangestellt, und der Zweck der letzteren, nämlich Abschreckung durch das Erleiden der Strafe, wird als gleichbedeutend mit der juridischen Besserung dargestellt.

Auch lebenslängliche Freiheitsberaubung (Grolman wählt hiefür den starken, aber nicht unpassenden Ausdruck: Einsperrung zu ewiger Sklaverei), und Verweisung auf eine einsame, aber bewohnbare Insel (wenn anders die Deutschen nur erst eine solche aufzuweisen hätten), werden von Grolman zu den physischen (nicht psychischen) Präventionsmitteln gezählt. Denn, wenn sie gleich in der Vorstellung, mithin als angedrohte Strafen gedacht, psychisch (abschreckend) wirken, so beruht doch das Hauptgewicht vom Standpuncte dieser Theorie nicht auf der Generalabschreckung, sondern auf der, mit der juridischen Besserung zusammenfallenden, Spezialabschreckung. Aber bei jenen Strafen ist es nicht darauf abgesehen, die Gesinnung des Verbrechers für die Zukunft zu bessern, sondern ihn völlig unschädlich zu machen, weil er als ein unverbesserliches — oder wie man auch sagen könnte, der Spezialabschreckung unfähiges — Subject zu betrachten ist, und er selbst nach Grolman's letzter Deduction, die insofern immer noch an Fichte erinnert, schon dankbar seyn kann, daß man ihn, „da er aufgehört hat Mensch zu seyn, also nur Thier ist", nicht geradezu hinrichtet.

Will man aber allen Gedanken an Besserung lebenslänglicher Züchtlinge aufgeben, so ist die Folge davon, daß man ihre Lage, die doch nach Grolman schon an sich unserer Humanität nicht zur Ehre gereicht, noch verschlimmern, mithin die Inhumanität gegen sie in der Weise steigern müßte, daß sie im Grunde nicht anders, denn als reissende Thiere behandelt würden. Dieß kann aber der humane Grolman unmöglich wollen. Auch bedürfen solche Sträflinge, wenn man sie nicht lebenslänglich einsam absperren will, was eine noch ärgere Marter wäre, schon darum der Besserung, weil sie mit andern Personen in der Strafanstalt, z. B. mit den Aufsehern, Gefangenwärtern, Mitgefangenen ꝛc., fortwährend in Berührung kommen, und deßhalb mannigfache Gelegenheit zu Verübung neuer Verbrechen haben. Aber freilich — sind solche Subjecte unverbesserlich, wie sollten sie noch im Zuchthause gebessert werden können? Entweder ist also die Voraussetzung der Unverbesserlichkeit (und diese hat gar noch ihre Grade, nämlich bis zum Tode) ungegründet, und dann kann die lebenslängliche Zuchthausstrafe nicht bloß als physisches Unschädlichkeitsmittel gelten; oder sie ist gegründet, dann muß man allen Gedanken an die Besserung des Verbrechers aufgeben, ihn daher entweder einsam absperren, oder zum Tode führen.

So niederschlagend aber auch die Resultate sind, welche sich hiernach ergeben, so entging doch Grolman durch die Art seiner Deduction (von Anfang an, und später) den Consequenzen, zu welchen die juridische Besserungstheorie hinsichtlich der lebenslänglichen Freiheitsberaubung führt. Denn, obwohl ihm die (Spezial-) Prävention, oder wie man sie auch nennen kann, Spezial-Abschreckung, dem Wesen nach mit der juridischen Besserung zusammenfällt, so bekannte er sich doch, schon nach Fichte's Vorgange, keineswegs vollständig zu diesem letzteren Zweck der Strafe; noch konnte er sich dazu bekennen, weil sonst sein System des Strafrechts aufgehört hätte, ein selbstständiges System zu seyn, d. h. statt einer Präventions-, eine juridische Besserungstheorie gewesen wäre. Während daher vom Standpuncte dieser letzteren (wie der moralischen Besserungs-) Theorie lebenslängliche Freiheitsstrafe, als absolute Strafe für gewisse

Verbrechen gedacht, nicht gerechtfertigt werden kann, weil man nicht zum Voraus an der Besserungsfähigkeit gewisser Verbrecher verzweifeln kann: so brauchte Grolman, indem er absolute Sicherungsstrafen postulirte, diesen Einwand nicht zu besorgen, konnte daher durch Zulassung der Todesstrafe nicht minder, als der lebenslänglichen Zuchthausstrafe, in der Aufstellung eines, den practischen Bedürfnissen entsprechenden Systems der Strafen mit Feuerbach wetteifern.

Als einen zweiten Vorzug seiner Theorie vor der Stübel'schen hebt Grolman a. a. O. hervor, „daß sie mehr Gewicht auf den psychischen Zwang lege, welcher durch die gesetzliche Androhung der Strafe (d. h. der Präventionsstrafe) bewirkt werde". Dieser Vorwurf scheint für Stübel noch zu milde gewesen zu seyn, indem derselbe bald darauf sich völlig von der Präventionstheorie lossagte, und zu Feuerbach's System überging. Hiezu konnte sich, und mit Recht, Grolman niemals entschließen; er blieb seiner Prävention getreu, so bedeutende Concessionen er auch der Generalabschreckung machte. Daher ist seine Theorie eben so wenig psychische Zwangstheorie, als sie, wie nachgewiesen wurde, juridische Besserungstheorie genannt werden kann.

Endlich mißbilligt es Grolman a. a. O., „daß Stübel den Maaßstab der Strafe nicht im richtigen Sinne der Prävention bestimmt habe", giebt aber dabei offen zu, daß der gleiche Vorwurf auch seine eigene Deduction (die erste vom J. 1798) treffe, „nur nicht in dem gleichen Maaße". Dieß führt uns jetzt zur Darstellung und Beurtheilung der Prinzipe für die Quantität der Strafen vom Standpuncte der Grolman'schen Präventionstheorie.

§. 81.

In seiner Schrift: Ueber die Begründung des Strafrechts ꝛc. S. 118—150, argumentirt Grolman, seine frühere Darstellung berichtigend und ergänzend, in folgender Weise:

„Durch die Strafe soll die uns drohende Gefahr entfernt werden, welche durch den bösen Willen des Andern für uns begründet wurde. Einen bösen Willen haben, heißt nichts Anderes, als: die Regel des Rechts sich nicht zur unverbrüchlichen Norm

seiner Handlungen gemacht haben. Diese Stimmung, und schlechthin nichts Anderes ist es, welche man darunter versteht, wenn man sagt: durch die Strafe solle, als durch einen Gegenreiz, der Reiz zu Verbrechen aufgehoben werden. Und allerdings kann diese Stimmung als ein „steter Reiz" zu Verbrechen betrachtet werden, indem es bei ihr nur noch einer bestimmten Veranlassung — eines Motivs — bedarf, damit aus ihr der Entschluß, durch Eingriffe in die Rechte Anderer seinen Zweck zu verfolgen, hervorgehe."

„Der Mensch ist aber für unsere Rechte um so gefährlicher, je „fester und stärker" die illegale Stimmung ist, welche wir ihm zuschreiben; je mehr Fertigkeit er darin erlangt hat, ohne Rücksicht darauf, daß unsere Rechte dadurch verletzt würden, sich zur Verfolgung seiner Zwecke zu entschließen; und je weniger ihm bei seinen illegalen Entschlüssen die Größe des Nachtheils, welcher uns daraus erwachsen mußte, kümmerte. Sehr richtig stellt Fichte dieses Uebergehen zu einer illegalen Stimmung als ein „Verwildern der Sitten" vor. Je größere und hartnäckigere Verwilderung daher der Mensch bei seiner illegalen Stimmung verräth, desto stärker wird das Uebel seyn müssen, durch welches er auf den Weg der Ordnung zurückgeführt werden soll. Die Momente, welche wir, um einen Maaßstab für die Strafe zu erhalten, aufzusuchen haben, müssen daher solche seyn, durch welche unser Urtheil „über den Grad der vorhandenen Verwilderung des Strafbaren", und dadurch unser Urtheil über die Größe der anzuwendenden Abschreckungsmittel (so weit von diesen, der Natur der Sache nach, noch eine Aenderung seines Zustandes zu erwarten ist) geleitet werden kann."

„Es soll aber das Rechtsurtheil kein Urtheil über die Moralität des Strafbaren seyn. Denn die moralische Verderbtheit des Characters mag seyn, welche sie wolle, wir können und wir sollen sie nicht beurtheilen. Nicht also die Gesinnung, so wie sie dem Bewußtseyn des Gesinnten nach seyn „kann", sondern wie sie sich „uns äußert", und wie uns die Data, um über sie „schließen zu können", völlig erkennbar nachgewiesen werden, kann dem Rechtsurtheil über die Größe des anzuwendenden

Zwanges zu Grunde liegen. Das Verwildern, wie die rechtswidrige Gesinnung bezeichnet wurde, kann daher nicht als ein Verwildern des Herzens, sondern nur der Sitten (des Betragens) gedacht werden. Die Verwilderung der Sitten ist uns immer erkennbar aus den Sitten, mithin die Thesis die: daß Jeder nur insofern, als er durch seine Sitten selbst Verwilderung geäussert hat, als Verwilderter angesehen werden kann, und als um so gefährlicher für die Zukunft zu betrachten ist, je tiefer er in seinem Betragen zur Wildniß herabgesunken ist, und je fester ein bestimmter Grad der Verwilderung bei ihm eingewurzelt ist."

„Die Aufgabe wäre hiernach die: einmal die Momente aus dem „Betragen" des Menschen aufzusuchen, welche zu einem Urtheil über die „Größe der Verwilderung (illegalen Stimmung)" desselben führen; und dann diejenigen, welche ein Urtheil über die „Hartnäckigkeit" der vorhandenen Verwilderung (die Festigkeit der vorhandenen illegalen Stimmung) begründen. Also:

I. „Ueber die Momente zur Beurtheilung der „Größe" der Verwilderung des Verbrechers, und der davon abhängenden Gefährlichkeit desselben."

„Hier gilt die Regel: je unersetzlicher und wichtiger die Rechte sind, welche durch die gesetzwidrige That verletzt wurden, je dringender das Interesse der Menschen die Unterlassung einer bestimmten Verletzung erforderte, desto größere Verwilderung äussert der Verbrecher durch diese That. Dieß ist, Zurechnungsfähigkeit und Vorsatz vorausgesetzt, schon das Urtheil des gemeinen Lebens, und läßt sich auch vollkommen rechtfertigen. Denn je wichtiger ein Menschenrecht ist, um so größer ist die Pflicht, dasselbe nicht zu verletzen, und je größer die Pflichtverletzung, um so größer die Verwilderung. Hiernach bestimmt also der Begriff der That des Verbrechers die Größe der Gefährlichkeit desselben für die Zukunft."

„Indeß können aus den zu erweisenden Umständen und Bedingungen der concreten That Momente abgeleitet werden, welche, ohne jene allgemeine Regel aufzuheben, unser Urtheil über die, bei verschiedenen Urhebern einer und derselben That mögliche Verschiedenheit ihrer Verwilderung und Gefährlichkeit bestimmen. Be-

trachten wir in dieser Beziehung zunächst das versuchte Verbrechen, so zeigt sich zwar der Thäter, welcher von seiner Seite Alles gethan hat, was zur Vollendung gehörte (beendigter Versuch), darum, weil die Nichtvollendung des Verbrechens bloß auffer ihm zu suchen ist, die gleiche Verwilderung, wie wenn er dasselbe vollendet hätte. Wenn er dagegen freiwillig von der Vollendung abstand, so ist seine durch den Versuch geäusserte Verwilderung eine geringere, weil das freie Abstehen von der That Beweis ist, daß er noch nicht so tief herabgesunken sey, um nicht bald von seiner Verirrung zu erwachen, und wieder auf die Forderung der Pflicht zu reflectiren. Je früher dieses Erwachen geschah, je mehr also noch zur Vollendung zu thun war, desto verhältnißmäßig geringere Verwilderung äussert der Versuch als die vollendete That."

„Eben so, wenn der Thäter noch unmündig war, worunter hier auch solche verstanden werden, welche aus Mangel an Erziehung kein völlig deutliches Bewußtseyn der Pflicht hatten (Alters- und Geistesunmündige); oder wenn der Thäter durch plötzlich hinreissende Gemüthsbewegungen (Affecte), oder durch übermässigen Genuß erhitzender Getränke verhindert wurde, Meister seiner selbst zu werden. Denn, daß hier überall die bestimmte (concrete), in diesem Zustande begangene illegale That nicht denselben Grad von Verwilderung an den Tag lege, welche sonst aus dem Begriffe dieser That gefolgert werden kann, ist einleuchtend; es möchten denn „andere" Momente vorliegen, aus welchen eine gleiche, vielleicht eine größere Gefährlichkeit des Thäters für die Zukunft abzuleiten ist (Ziff. II)."

„Auch derjenige, welcher aus Unbedachtsamkeit (Culpa) fremde Rechte verletzt, zeigt zwar nur einen Mangel der gehörigen Vorsicht, aber, da diese Vorsicht schlechthin nothwendig ist, wenn die Herrschaft des Rechtsgesetzes auf der Erde gesichert werden soll, immer Mangel eines dem Rechtsgesetze gemäßen Willens, immer eine Art von Wildheit und Rohheit, die um so größer ist, je unersetzlicher und wichtiger die durch einen solchen Mangel gefährdeten Rechte sind. Gleichwohl ist die durch die Culpa geäusserte Verwilderung immer eine geringere, als die aus der

That alsdann zu folgernde Verwilderung, wenn dieselbe (die That) gerade so, wie sie erfolgte, in dem Zweckbegriffe des Handelnden lag."

II. „Ueber die Momente zur Beurtheilung der „Hartnäckigkeit" der Verwilderung des Verbrechers, und der davon abhängenden Gefährlichkeit desselben."

„Es kann sich häufig treffen (was bei der ersten Deduction übersehen wurde), daß, auch wenn aus der Wildheit der begangenen Handlung (Ziff. I) nicht der Schluß auf eine besonders große Verwilderung des Handelnden gezogen werden kann, dennoch durch die „ganze Handlungsweise" desselben die Ueberzeugung erweckt wird, daß die vorhandene Verwilderung dieses Menschen eine tief eingewurzelte, die illegale Maxime ein festes Gesetz für sein Handeln geworden sey. Hierauf gründet sich die zweite Regel: wenn die Handlungsweise des Menschen verräth, daß eine bestimmte illegale Maxime feste Regel für sein Handeln sey, so äussert er eine vorzüglich hartnäckige Verwilderung der Sitten, und eben darum eine besonders große Gefährlichkeit für die Zukunft."

„Jeder kennt die Macht der Gewohnheit, und weiß, wie schwer sie zu besiegen ist, weshalb ohne Anstand zu behaupten ist, daß derjenige, welcher sich einmal daran gewöhnt hat, nach einer bestimmten illegalen Maxime zu handeln, ein für alle Zukunft, und vorzüglich gefährlicher Mensch sey. Hieraus ergiebt sich, daß die obige Regel über Mangel an Erziehung, Affect, Trunkenheit ꝛc. eine Modification erleiden muß. Denn, wenn der Mangel an Erziehung oder die geistige Verkrüppelung bereits den Grund zu einer illegalen Gewohnheit gelegt haben, so sind solche Subjecte vielmehr als besonders gefährlich zu betrachten; und eben so wenig bringt derjenige, welcher sich damit entschuldigen will: daß er sich zu betrinken, oder so zu erzürnen pflege, daß er dann nicht wisse was er thue, damit einen rechtlichen Entschuldigungsgrund vor, sondern umgekehrt einen Beweis seiner höchsten Gefährlichkeit. Dieß gilt auch von denjenigen, welche sinnliche Neigungen durch sorgfältiges Nähren derselben zu Leidenschaften umschaffen, und in diesem Zustande der Leidenschaftlichkeit die Rechte ihrer Nebenmenschen gefährden."

„Allein wie, könnte man fragen, wäre es möglich, nach diesen Prinzipen für den Maaßstab der Strafe eine „vollständige Strafgesetzgebung" zu schaffen? Denn, wie könnte der Staat in jedem Falle immer das einzig richtige Verhältniß zwischen Verbrechen und Strafe treffen, mithin sicher seyn, daß er durch seine Strafe wirklich nie die Rechte eines Individuums ohne Noth verletze? Wie könnte er, was doch zur Vollständigkeit zu gehören scheint, alle denkbaren künftigen Fälle nahmhaft machen?"

„Indeß lassen sich diese Schwierigkeiten doch besiegen. Vorerst müßte das Strafgesetz diejenigen Fälle bestimmen, welche sich zur völligen Unschädlichmachung des Verbrechers (Ausschließung von dem Staate) für die Zukunft eignen (§. 79), und von diesen Strafen, als den höchsten, giebt es keine Grade. Mithin bliebe nur übrig, die abschreckenden Strafen nach der Größe der durch die verbrecherischen Handlungen geäusserten Verwilderung abzumessen. Zu diesem Behuf sind zunächst (nach der Regel Ziff. I) die verschiedenen Verbrechen nach ihrer „objectiven Schwere" (in quantitativer Hinsicht) an sich, und in ihrem Verhältnisse zu einander, abzuwägen. Dabei muß aber der Gesetzgeber den Gedanken aufgeben, die unendlich verschiedenen Gradationen der quantitativen (objectiven) Schwere jedes einzelnen Verbrechens, z. B. der Körperverletzung, des Diebstahls ꝛc., nahmhaft machen, und mit bestimmter Strafe belegen zu wollen. Ein vollständiger Catalog aller möglichen objectiv verschiedenen Fälle eines Verbrechens, welch' ein Werk, welch' ein ἄχθος καμήλων πολλῶν (multorum camelorum onus) müßte ein solches Gesetzbuch werden. Es reicht schon hin, für solche Verbrechen im Allgemeinen ein Minimum und Maximum festzusetzen, und dem Richter die Ausmessung der Strafe in concreto zu überlassen."

„Weiter hat der Gesetzgeber die aus den Umständen der concreten Handlung abzuleitenden Gründe über „das Verhalten des handelnden Subjects" (Ziff. II), und deren Einfluß auf die Größe der Strafe, im Allgemeinen zu erwägen. Diesen Gesichtspunct kann man, da hier auf das handelnde Subject selbst Rücksicht genommen wird, den subjectiven, oder den der Qualität nennen. Nach diesem hat der Gesetzgeber:

„1) die Strafe des Conats von der der Vollendung zu trennen, ausgenommen beim beendigten Versuch, weil hier der Verbrecher eine gleiche Verwilderung an den Tag gelegt hat, als derjenige, welcher das Verbrechen vollendete. In den übrigen Fällen des Conats (bei dem nahen, und dem entfernten Versuche) fehlt es (wenigstens) an der gleichen „Aeusserung" der Verwilderung, wenn auch der Thäter wider seinen Willen von weiteren Schritten abgehalten wurde; und zwar ist seine Strafbarkeit um so geringer, je mehr noch für den Verbrecher zur Vollendung zu thun war."

(Bekanntlich geht das römische Recht vom subjectiven Standpuncte noch weiter. Allein Grolman betrachtet, um nicht die juridische mit der moralischen Imputation und deren Grade zu verwechseln, „die Gesinnung nicht, so wie sie dem Bewußtseyn des Handelnden nach seyn kann" (denn der weltliche Richter soll nicht Gewissensrichter seyn, noch kann er es seyn), sondern, „so wie sie sich uns äussert", und danach ist jene Unterscheidung ganz gegründet. Zwar drückt sich Grolman a. a. O. S. 177 nicht ganz so aus, sondern er sagt nur: der nahe und der entfernte Versuch sind darum minder strafbar, „weil es an dem Begriff der objectiv vollendeten That fehlt." Allein aus diesem schließt er ja auf den höchsten Grad der Verwilderung, und daraus ergiebt sich der weitere Schluß, daß der nahe Versuch einen geringeren Grad von Verwilderung, als das vollendete Verbrechen und der beendigte Versuch (**delictum perfectum**), offenbart. Mag dann auch der Thäter seiner Gesinnung nach eben so schlecht, vielleicht noch schlechter als jener seyn — die Präventionstheorie schließt auf die Gesinnung nur aus der Art und dem Grade der äusserlich dargelegten Thätigkeit, um sich nicht in das unsichere Gebiet der moralischen (d. h. rein moralischen) Imputation zu verirren). Sodann:

„2) hat das Gesetz die Fälle anzugeben, in welchen aus der bestimmten That gar kein Schluß auf eine illegale Gesinnung gezogen werden kann, mithin alle juridische Imputation als aufgehoben zu betrachten ist. Ob nicht aber gegen solche Individuen eine Prävention zu verhängen sey, ist nicht Sorge der Strafge-

setzgebung, sondern gehört zum Ressort derjenigen Art von Sicherungspolizei, welche die Sicherstellung des Staats gegen die „physischen" Hindernisse seines Zwecks zu bewirken hat. Denn dadurch, daß die Sicherstellung durch Strafen bloß gegen „freie" Hindernisse der Freiheit bewirkt wird, unterscheidet sich die Strafgewalt des Staats von der übrigen Sicherungs-Polizeigewalt, und es steht daher nichts im Wege, diese beiden als zwei Arten der Sicherungspolizei im Allgemeinen zu betrachten. Ferner:

„3) hat das Gesetz bei jedem Verbrechen zu bestimmen, welche Veränderung die Strafe erleiden soll, wenn die That im Zustande der Unmündigkeit im obigen (weiteren) Sinne verübt wurde. Hier reicht es schon hin, festzusetzen, bis wie weit „höchstens" die Strafe herabsinken soll, indem dann, wie oben, alle möglichen Fälle binnen zwei festen Extremen begriffen wären, und sich die Strafen für die zwischen ihnen liegenden Fälle sicher berechnen ließen. Hingegen die (bloßen) Beweggründe zu der bestimmten That haben, wenn sie nicht Affecte sind, keinen „bis zur Ueberzeugung erkennbaren" Einfluß auf die Bestimmung des Grades der durch die That geäusserten Verwilderung, weshalb man denjenigen Grad der letzteren annehmen muß, welcher nach allgemeinen Regeln aus der That gefolgert werden kann. (Man sieht, wie Grolman auch hier die Gränze zwischen der moralischen und der juridischen Imputation zu wahren sucht). Indeß können sie (ungeachtet sie nicht bis zur Ueberzeugung erkennbar, also juridisch nur halb erweisbar sind?) von Bedeutung seyn, um „die Art" (Qualität) des zu wählenden Strafübels zu bestimmen. Dieß drückt die Regel aus: die Strafen (Strafmittel, Qualitäten der Strafe) sollen im Geiste des Verbrechens liegen. Wenn es daher möglich ist, so treffe den Habsüchtigen eine Vermögensstrafe, den Hochmüthigen eine beschämende oder demüthigende, den Müssiggänger eine Arbeitsstrafe, den Wollüstigen eine den Körper schmerzende Strafe. Allein es leuchtet ein, daß nur in wenigen Fällen diese Regel so bestimmt angewendet werden kann; in den übrigen wird man bei dem Allgemeinen (d. h. was aus der Natur aller Verbrechen folgt) stehen bleiben müssen. Jedes Verbrechen nämlich ist Mißbrauch der äusseren Freiheit, gesetzwidriger Gebrauch der freien

Wirksamkeit des Bürgers in dem Staate, mithin liegt im Geiste jedes Verbrechens die Einschränkung dieser freien Wirksamkeit (Freiheitsstrafe)" — ein Fehlschluß, den auch Zachariä nicht erkannte, indem er darauf eine eigne Vergeltungstheorie gründete. Vgl. Abthl. I. §. 28. Endlich:

„4) hat der Gesetzgeber bei denjenigen Verbrechen, wo auch die Fahrlässigkeit strafbar ist (was bei Verletzungen ersetzlicher Güter nicht der Fall ist), eine je nach Verschiedenheit der Art und des Grades der Culpa verschiedene Strafe festzusetzen. Auch hier wären, wie oben, für den Richter bestimmte Endpuncte festzusetzen."

„Wenn diesemnach Feuerbach (und nach ihm, kann man sagen, selbst die neuesten Beurtheiler der Präventionstheorie) die Möglichkeit einer Strafgesetzgebung vom Standpuncte dieser Theorie läugnet: so dürfte die vorliegende Ausführung zur Beseitigung seiner Zweifel dienen. Allerdings kann eine Verschiedenheit hinsichtlich der Gefährlichkeit mehrerer Verbrecher derselben Art begründet seyn, ja es ist dieß im höchsten Grade wahrscheinlich. Allein der Richter, der ja nicht Gewissensrichter seyn kann und soll, weiß es nicht, und kann nicht darüber urtheilen. Er muß sich daher an das Aeussere, das Erkennbare, halten; für ihn ist kein bestimmter Wille des Andern als der (wörtlich oder thätlich) „geäusserte"; keine böse Gesinnung des Andern, auser insofern sie „geäussert" ist; keine hieraus abzuleitende Verwilderung, auser insofern sie „durch erkennbare Facta" verrathen wird. Darum eben ist uns die Größe der „Wildheit der That" dasjenige, was uns die Größe der „Verwilderung des Thäters" erkennen macht, und es kann von dem hiedurch begründeten Urtheil über die Gefährlichkeit des Thäters nur insofern eine Abänderung statt finden, als bis zur „Ueberzeugung" nachgewiesen werden kann, daß in dem bestimmten Falle eine der Bedingungen mangle, welche wir, um aus dieser That gerade diese Verwilderung zu schließen, voraussetzen mußten. Hiernach können und konnten, wie geschehen, die Grundzüge zu einer, alle möglichen künftigen Fälle umfassenden Gesetzgebung geliefert werden."

§. 82.

Diese (zweite) Deduction des rechtlichen Maaßstabes der

Strafen, woran sich der Beweis der Möglichkeit einer umfassenden Strafgesetzgebung vom Standpuncte der Präventionstheorie schließt, zeichnet sich durch Einfachheit und Klarheit vortheilhaft vor Grolman's letzter Deduction (§. 83) aus, welche sich auch hier in schwerfälliger, häufig unklarer, compendiarischer Form bewegt, und die Eigenthümlichkeiten einer consequent durchgeführten Präventionstheorie weniger scharf durchblicken läßt. Dafür muß man ihm hier freilich die ewig, man kann mit Recht sagen, bis zum Ueberdruß wiederkehrenden Ausdrücke: Verwilderung, Wildheit der That ꝛc., ja selbst: Thier, wildes Thier ꝛc., zu Gute halten, indem sie, wenn auch nicht würdige, doch bezeichnende Ausdrücke sind.

Allerdings wäre eine ausführliche Prüfung dieser Deduction hier nicht am Orte, weil ihr Begründer selbst später Manches daran zu ändern fand. Auf der andern Seite kann man aber kein sicheres Urtheil über Grolman's nach und nach so bedeutend abgeänderte Prinzipe für das rechtliche Strafmaaß gewinnen, wenn man nicht im Allgemeinen den Entwickelungsgang derselben verfolgt. Wer die zahlreichen Schriften und Critiken, welche gegen diese Theorie gerichtet sind, zur Hand nimmt, muß sich immer erst fragen, ob sie gegen Grolman's erste, oder zweite, oder letzte Deduction gerichtet seyen, und sich besonders als Beurtheiler wohl in Acht nehmen, daß er seine Angriffswaffen nicht gegen Sätze richte, welche später von Grolman selbst entweder wieder zurückgenommen, oder wenigstens modificirt wurden. In dieser Beziehung sind namentlich v. Almendingen's und Feuerbach's Critiken mit großer Vorsicht zu benutzen, und manche neuere Beurtheiler der Grolman'schen Theorie fehlen darin, daß sie hier viel zu compilatorisch verfahren, d. h. jene älteren Critiken auch da benutzen, wo dieselben auf Grolman's letzte Deduction nicht mehr passen.

In der mitgetheilten (zweiten) Deduction geht Grolman von dem Satze aus, daß der Maaßstab der Strafe durch den Grad der Gefährlichkeit des Verbrechers für die Zukunft, oder mit andern Worten, durch den Grad seiner Verwilderung bestimmt werde. Dieser Satz folgt mit logischer Consequenz aus dem Rechtsgrunde der Strafe im Sinne der Präventionstheorie. Denn,

soll der Verbrecher überhaupt darum gestraft werden, weil er eine Gefahr vor neuen Uebertretungen begründet, so muß die Strafe um so größer, beziehungsweise geringer ausfallen, je größer oder geringer jene Gefahr ist. Allein, wie kann die illegale Stimmung (Verwilderung) des Verbrechers und deren Grade mit Sicherheit erkannt werden? Hierauf antwortet Grolman: aus seiner Handlungsweise. Diese beschränkte er in der ersten Deduction auf die besondere, d. h. in der bestimmten verbrecherischen That geäusserte, Handlungsweise des Verbrechers, indem er aus der Schwere der That auf die Größe seiner Verwilderung schloß, wenn nicht besondere subjective Gründe vorliegen, welche ausnamsweise in diesem Falle zu dem entgegengesetztem Schlusse, nämlich eines geringeren Grades der Verwilderung, berechtigen. Unmittelbar darauf trat aber Feuerbach gegen den damals in der Doctrin und Praxis allgemein anerkannten Milderungsgrund ex capite impeditae libertatis, nach welchem die moralisch schlechtesten Subjecte am mildesten beurtheilt wurden, mit scharfen Waffen auf (§. 45); und da auch Grolman's erste Deduction dieser Vorwurf traf, so war er bemüht, bei der zweiten diesen Fehler sogleich zu verbessern. Er verband daher, um ein gerechtes Urtheil über den Grad der Verwilderung des Verbrechers zu gewinnen, mit der besonderen, noch die allgemeine Handlungsweise desselben, d. h. seine gesetzwidrigen Angewöhnungen oder Gewohnheiten, welche, weil sie für die Zukunft eine Gefahr vor neuen Uebertretungen begründen, seine Strafbarkeit auch da steigern, wo derselbe nach seiner besonderen Handlungsweise, mit Rücksicht auf besondere subjective Gründe, als ein minder gefährliches Subject erscheinen würde. Hiernach bedarf es, zur Erkenntniß des Grades der Verwilderung des Verbrechers, eines dreifachen Schlusses, des ersten: aus der objectiven Schwere der That; des zweiten: aus den besonderen, bei der Verübung des Verbrechens in der Person des Thäters zutreffenden (also subjectiven) Gründen; des dritten: aus den gesetzwidrigen Angewöhnungen desselben (also wiederum aus besonderen subjectiven Gründen), — durch welchen letzteren Schluß der zweite je nach den Umständen paralysirt, oder mehr als paralysirt werden kann.

Hiernach ergeben sich drei Regeln für die Ausmessung der Strafe. Die erste: je unersetzlicher und wichtiger das verletzte Recht ist, um so strafwürdiger erscheint der Thäter, weil seine größere Verwilderung eine um so größere Gefahr für die Zukunft bereitet; und umgekehrt sinkt seine Strafwürdigkeit, je unbedeutender das verletzte Rechtsobject war. Die zweite Regel: je dringendere und je mehr, in der Person des Verbrechers gelegene, besondere Gründe vorhanden sind, welche, ungeachtet der Verübung einer objectiv schweren That, auf einen geringeren Grad seiner Verwilderung schließen lassen, um so mehr sinkt seine Strafwürdigkeit herab, weil er dann als weniger Gefahr drohend für die Zukunft erscheint. Die dritte Regel: je gefährlicher die Angewöhnungen des Verbrechers sind, um so mehr steigt seine Strafwürdigkeit, weil er dadurch eine um so größere Gefahr für die Zukunft bereitet. Diese Regel ist, wie die beiden vorhergehenden, durchgreifend, steigert mithin die Strafwürdigkeit nicht nur bei objectiv schweren, sondern auch bei objectiv minder bedeutenden Vergehungen, so wie, wenn der Uebertreter nach Maaßgabe der zweiten Regel als minder gefährliches Subject erscheinen würde.

Man muß gestehen, daß diese Regeln vom Standpuncte der Präventionstheorie auf einer eben so feinen, als richtigen und consequenten Anlage beruhen, und eben so consequent schließt sich hieran der weitere Satz: daß, wenn die Gefahr vor neuen Uebertretungen nach Maaßgabe der ersten oder dritten Regel (denn die zweite ist stets mildernd), oder nach beiden Regeln zugleich, so groß ist, daß nach menschlicher Berechnungsweise von abschreckenden Strafen keine psychische Unschädlichmachung (juridische Besserung) des Verbrechers zu erwarten ist, derselbe physisch (absolut) unschädlich gemacht werden muß, sey es durch lebenslängliche Einsperrung oder durch Hinrichtung.

Namentlich verdient die Art und Weise, wie Grolman die Gränze zwischen der moralischen und rechtlichen Imputation und deren Grade bestimmt, hervorgehoben zu werden. Denn darauf mußte er, weil er den Gesetzgeber auf den ausschließlich subjectiven Standpunct der Beurtheilung des Grades der Strafwür-

digkeit stellt, vorzüglich Bedacht nehmen, auch schon mit Rücksicht auf die durch die Kant-Fichte'sche Rechtslehre gebotene Trennung des Rechts von der Moral. Woran hat sich also der Gesetzgeber, welcher nicht in das Gebiet des ewigen Gewissensrichters (des göttlichen Vergelters) eingreifen kann und soll, zu halten, um nicht den Grad der Illegalität der Gesinnung (Verwilderung), mit dem, Gott allein erkennbaren, Grade der Immoralität der Gesinnung zu verwechseln? Hierauf antwortet Grolman: der Gesetzgeber hat sich lediglich an äussere Thatsachen, und zwar solche äussere Thatsachen zu halten, welche nach psychologischen Gesetzen und nach dem erfahrungsmäßigen Gange der Dinge, einen sicheren Schluß auf den Grad der Verwilderung des Verbrechers zulassen. Sind es daher nicht äussere, sondern nur innere Thatsachen, welche ihm zur Beurtheilung des Grades der Strafwürdigkeit gegeben sind, oder sind es zwar äussere Thatsachen, lassen diese aber keinen sichern Schluß zu: so kann daraus weder für, noch wider den Verbrecher etwas abgeleitet werden. Hier beginnt die Gränze, wo nicht der Gesetzgeber, sondern das eigne Gewissen und Gott den Menschen zu richten haben. Mag also z. B. der Beweggrund (das Motiv, die Triebfeder) des Handelnden an sich noch so gut oder noch so schlecht seyn: als innere Thatsache ist sie für den Gesetzgeber nicht mit Sicherheit erkennbar, mithin von ihm nicht zu berücksichtigen. Eben so, wenn Jemand nur als Gehülfe oder Begünstiger thätig gewesen, oder als Urheber nicht weiter als bis zum nahen oder entfernten Versuche vorgeschritten ist — mag derselbe in seinem Innern (moralisch) noch so verdorben, vielleicht um vieles schlechter seyn, als der Urheber des vollendeten Verbrechens: so geht dieß den Gesetzgeber nichts an, weil er in dieser Hinsicht jeder festen Basis entbehrt. Er hält sich daher lediglich an die äussere, bestimmt erkennbare, geringere Thätigkeit des Uebertreters, und schließt hieraus nach dem obigen Maaßstabe (dem psychologisch-empirischen) mit Sicherheit auf einen geringeren Grad seiner Verwilderung, also auf eine geringere Gefahr für die Zukunft. Dieß heißt mit andern Worten: die menschliche Strafjustiz ist eine unvollkommene, auch wenn sie nur die Beurtheilung der Illegalität

der Gesinnung sich zur Aufgabe setzt; denn eine vollkommene Gewißheit kann jener Maaßstab niemals gewähren. Aber ein anderer Maaßstab und eine andere Gewißheit wäre für menschliche Verhältnisse undenkbar, und wollte der Gesetzgeber, darüber hinaus, sich zum Gewissensrichter über die Unterthanen aufwerfen, so würde nicht nur die menschliche Strafjustiz an noch größeren Unvollkommenheiten leiden, sondern zugleich frevelnd in das innere Gericht und die göttliche Vergeltung eingegriffen werden.

Bis hieher ist alles Consequenz, und namentlich begreift man, wie Grolman hinsichtlich der Beurtheilung des versuchten Verbrechens theilweise, und zwar sehr bedeutend, von der Ansicht des römischen Rechts abweichen konnte (denn nur das, ohnehin auf materielle Verbrechen beschränkte, delictum perfectum oder der beendigte Versuch, ist nach ihm gleich strafwürdig mit dem consumirten Verbrechen) — nämlich aus dem Grunde, weil das römische Recht, von seinem ausschließlich subjectiven Standpuncte, theilweise die juridische mit der moralischen Imputation und deren Grade verwechselte. Allein nunmehr scheint Grolman in einen Widerspruch zu verfallen. Denn, wie konnte er, wenn das Motiv (die Triebfeder) der Handlung, als innere Thatsache, nicht mit Gewißheit erkennbar ist, demselben gleichwohl einen gewissen Einfluß auf die Art (Qualität) der Strafe einräumen, um damit dem Verbrechen analoge Strafen zu gewinnen; wie es schon in der Schrift (Buch der Weisheit 11, 17) heißt: „Auf daß sie erkennten, daß womit Jemand sündigt, damit wird er auch geplagt.“ Hier giebt es nach Regeln der Logik und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur das Dilemma: entweder ist das Motiv der Handlung bestimmt erkennbar (nämlich durch Schlußfolgerungen aus den Umständen der That), oder es kann niemals bestimmt erkannt werden. In jenem Falle kann es nicht nur die Qualität, sondern muß zugleich die Quantität der Strafe bestimmen; in diesem kann es weder in der einen, noch in der andern Beziehung wirken. Indeß scheint Grolman, bei dem man sonst keine Inconsequenzen und Widersprüche gewohnt ist, vielmehr nur ausdrücken zu wollen, daß für den Gesetzgeber mehr Grund vorhanden sey, das regelmäßig nicht mit Sicherheit erkennbare Motiv bei gewissen Ver-

brechen für die Qualität der Strafe zu benutzen, als dasselbe im Allgemeinen, je nach seiner Beschaffenheit, für einen Schärfungs- oder Milderungsgrund der Strafe zu erklären, weil es dem Richter überlassen werden könne, bei der Ausmessung der Strafe innerhalb der beiden Endpuncte des Strafgesetzes (innerhalb der Strafrahme) das Motiv, so weit es in dem zur Beurtheilung vorliegenden Falle mit Sicherheit erkennbar sey, als Zumessungsgrund der Strafe zu berücksichtigen. Denn man darf nicht vergessen, daß Grolman hier mit der Entwickelung der legislativen Grundsätze beschäftigt ist, durch welche auf der einen Seite das richterliche Ermessen beschränkt werden, auf der andern Seite aber auch einen, vom Standpuncte der Präventionstheorie unentbehrlichen weiteren Spielraum erhalten soll.

In dieser letzten Beziehung zeichnet sich die Grolman'sche Theorie vortheilhaft vor der Feuerbach'schen aus, welche vom Standpuncte der General-Abschreckung zwar das richterliche Ermessen nicht völlig aufheben oder vernichten kann, aber, wie die Beurtheilung dieser Theorie ergeben hat, möglichst beschränken muß, weil sonst das Abschreckungsgesetz in Gefahr geriethe, seinen Zweck zu verfehlen. Hingegen die Präventionstheorie, welche nur Spezialabschreckung, oder, was im Wesentlichen das Gleiche ausdrücken soll, juridische (politische) Besserung des Verbrechers bezweckt, muß, sofern es sich nicht etwa von absoluten Sicherungsmitteln handelt, vermöge jenes besonderen oder Mittelzwecks der Strafe ein freies Ermessen der Gerichte gestatten, welches aber darum kein absolut freies ist, sondern innerhalb gewisser Schranken, welche sich hinsichtlich des Grades der Strafwürdigkeit nach allgemeinen Regeln der Psychologie und der Erfahrung aufstellen lassen. Denn theils soll das Strafgesetz zugleich in seiner Androhung abschrecken, und dazu bedarf es gewisser Strafansätze; theils würde es bedenklich, ja, mehr als dieses, gefährlich seyn, die Unterthanen in dieser Beziehung der rein subjectiven Ansicht der Gerichte, welche leicht in Willkür und Partheilichkeit ausarten könnte, zu unterwerfen. Und daß es Grolman vollständig gelungen sey, für die Qualität und Quantität der Strafe bestimmte legislative Prinzipe aufzustellen, mit andern Worten, daß er den

Beweis der Möglichkeit einer vollständigen Strafgesetzgebung vom Standpuncte der Präventionstheorie genügend hergestellt habe, wird nur derjenige bezweifeln können, welcher von der General-Abschreckung ausgehend, eine möglichst sclavische Fesselung des richterlichen Ermessens verlangt. Gleichwohl muß selbst diese Theorie sich für die meisten Fälle mit Durchschnittsstrafen nach einem mittleren Proportionalmaße, und mit (freilich zahl- und endlosen) Endpuncten der Strafe, wie sie Grolman nennt, oder, wie sie jetzt gewöhnlich genannt werden, Strafrahmen, begnügen, so daß auch dem General-Abschreckungs-Gesetzgeber keine andere Form für seine Strafsatzungen zu Gebote steht, als welche der Standpunct der Spezialabschreckung ergiebt.

Aber freilich dem Inhalte nach (denn bisher war nur von der Form der Strafgesetze die Rede) werden die Strafrahmen, beziehungsweise die absoluten Strafen, welche je nach der einen oder andern Theorie gesetzlich auszusprechen sind, mehr oder minder von einander abweichen, besonders wenn man Feuerbach's Prinzipen für das rechtliche Strafmaaß, wie häufig geschieht, Inconsequenzen, d. h. Uebergriffe in die Präventionstheorie, zum Vorwurfe macht, was freilich bei der Beurtheilung der Feuerbach'schen Theorie als Mißverständniß nachgewiesen wurde. Indeß wäre es nicht thunlich, schon hier auf diesen Punct, wie überhaupt auf eine eigentliche Widerlegung der entwickelten Prinzipe für das rechtliche Strafmaaß, einzugehen, weil erst abgewartet werden muß, ob und welche Modificationen die bisher besprochene zweite Deduction Grolman's durch seine letzte oder Enddeduction, an welcher er später nichts mehr zu ändern fand, erhalten habe? Die bisherige Ausführung konnte und sollte daher nur dazu dienen, den Entwicklungsgang der Grolman'schen Prinzipe für den Maaßstab der Strafe mit der ihnen gebührenden Aufmerksamkeit zu verfolgen, um dadurch ein unpartheiisches und gerechtes Urtheil über dieselben vorzubereiten.

§. 83.

In seiner letzten Deduction (Lehrbuch ꝛc. §. 76 fg. zweite Aufl.) beginnt Grolman, wie früher (§. 81), die Lehre von

dem Maaßstabe der Strafen mit der Unterscheidung der „absoluten Sicherungsstrafen", welche keine Grade haben, für die es daher auch keinen Maaßstab giebt, und der „abschreckenden Strafen", welche einen solchen zulassen. „Zweck der letzteren, fährt er (§. 77) fort, ist, durch die an das Verbrechen geknüpften sinnlichen Uebel die Vorstellung, daß es unter allen Bedingungen selbst für die Sinnlichkeit des Menschen am zuträglichsten ist, die Rechte Anderer und den Willen des Gesetzes zu achten! zur herrschenden zu erheben. Die sinnlichen Uebel, welche sie (die abschreckende Strafe — oder vielmehr der Präventions-Gesetzgeber) an das Verbrechen knüpft, müssen daher so groß seyn, daß sie das „ganze" Interesse, welches die Sinnlichkeit des Menschen an der entgegengesetzten Vorstellung hat, „vollständig" aufwiegen; und je größer dieses (sinnliche) Interesse erscheint, je mehr es über den Menschen und gegen die Rechte Anderer und das Gesetz vermag, um so größer muß die Strafe seyn, von welcher Abschreckung soll erwartet werden können. Mit dem Maaßstabe dieses Interesses ist mithin der wahre Maaßstab abschreckender Strafen gefunden".

„(§. 78) Unmöglich kann die Größe dieses sinnlichen Interesses dadurch richtig bestimmt werden, daß man den uns erkennbaren „Vortheil" aus der verbrecherischen Handlung nach der Wichtigkeit und Brauchbarkeit, welche demselben, als Mittel für die Zwecke des Menschen, zugeschrieben werden dürfen, unmittelbar abzumessen sucht. Die nothwendige Verschiedenheit der Individualitäten macht die Auffindung eines solchen allgemein gültigen Maaßstabes unmöglich. Was für das eine Individuum das Ziel rastloser Thätigkeit ist, vermag kaum das andere zu bewegen, und nicht selten ist ein Vortheil, welcher die Mehrheit der Menschen kaum zu einer gleichgültigen Handlung bestimmen könnte, in dem Individuum der Erzeuger der scheußlichsten Thaten, und darum nothwendig der Gegenstand, welcher dessen ganzes sinnliches Interesse fast einzig beschäftigt".

„Es würde dagegen möglich seyn, die Größe jenes sinnlichen Interesses vergleichungsweise zu erkennen, wenn es möglich wäre, die Vorstellung, welche der Erzeugung des illegalen Ent-

schlusses in dem Menschen entgegensteht, in Hinsicht „der Stärke ihrer Einwirkung", nach allgemein geltenden psychologischen Gründen zu würdigen".

„Nun ist es unläugbar, daß in der aus dem rechtlichen Bewußtseyn sich erzeugenden Vorstellung der Verbindlichkeiten des Menschen sich diese um so wichtiger und dringender ankündigen, je wichtiger ihre Beobachtung für die Rechte des Menschen, und je wichtiger diese Rechte selbst, als Mittel für die Erreichung der Zwecke des Menschen, im Allgemeinen erscheinen, je inniger daher diese Rechte mit dem Interesse des Menschen zusammenhängen. Es ist eben darum unläugbar, daß die Vorstellung der als wichtiger sich ankündigenden Verbindlichkeit mehr, als wie die Vorstellung der minder wichtigen, dem Menschen bei jeder Handlung gegenwärtig seyn, und stärker als diese seine Reflexion fesseln müsse, und es folgt mithin, daß bei jener ein „größeres sinnliches Interesse" des Menschen an der entgegengesetzten Vorstellung vorausgesetzt werden müsse, als bei dieser, um die Entstehung der illegalen Handlung erklären zu können. Und eben so unläugbar ist es, daß, unter Voraussetzung derselben Verbindlichkeit, ein größeres sinnliches Interesse des Menschen an der entgegengesetzten Vorstellung vorausgesetzt werden müsse, um, bei der Entstehung einer illegalen Handlung, eine „fortdauernde", als um eine nur vorübergehende Unterdrückung der Vorstellung der Verbindlichkeit zu erklären".

„Es kann demnach für den Maaßstab der Strafe der (in zwei Regeln zusammengefaßte) Hauptgrundsatz angenommen werden. (1) Je wichtiger sich die dem Verbrechen entgegenstehende Verbindlichkeit in dem Bewußtseyn des Verbrechers ankündigen mußte, und (2) je fortdauernder die Einwirkung der Vorstellung derselben auf das Begehrungsvermögen des Verbrechers unterdrückt ist, um so strafbarer ist das Verbrechen".

(In der Anm. fügt Grolman hinzu: „Die Größe der Gefährlichkeit des Verbrechens für den Staat ist keineswegs das richtige Prinzip für die Bestimmung der Größe der Strafbarkeit des Verbrechers, obgleich die Größe jener Gefährlichkeit mit der,

nach dem angegebenen Prinzipe sich entwickelnden Größe der Strafbarkeit des Verbrechers häufig gleichen Schritt halten wird").

„(§. 79) Da indeß durch ausserordentliche Ereignisse das rechtliche Bewußtseyn des Menschen selbst gewissermaßen verdunkelt werden kann, und es unläugbar ist, daß in einem „solchen Zustande" ein geringeres sinnliches Interesse des Menschen an der, der Verbindlichkeit entgegenstehenden Vorstellung vorausgesetzt zu werden brauche, um zu erklären, wie derselbe von der, nur dunkel in seinem Bewußtseyn ihm vorschwebenden Vorstellung seiner Verbindlichkeit abgehen, und der entgegengesetzten sich hingeben konnte, als vorausgesetzt werden müßte, um das Abgehen von der „deutlichen" Vorstellung der Verbindlichkeit zu erklären: so folgt, daß, obgleich jene beiden Regeln, als Maaßstab der Strafbarkeit der Verbrechen gegen einander, in dem gewöhnlichen Zustande des Menschen sowohl, als auch in dem bezeichneten ausserordentlichen, entscheidend bleiben, doch denselben, zur vollständigen Darstellung der Strafbarkeit der Verbrechen gegen einander, noch die (dritte) Regel hinzugefügt werden müsse: dasselbe Verbrechen, in dem ausserordentlichen Zustande des verdunkelten rechtlichen Bewußtseyns begangen, ist minder strafbar, als wenn es in dem gewöhnlichen Zustande des Menschen begangen wurde".

„(§. 80) Um nach diesen Regeln die Strafbarkeit eines jeden einzelnen Falles richtig zu bestimmen, ist es nothwendig, die verbrecherische Handlung selbst nach allen ihren Verhältnissen auf das Genaueste zu betrachten, und so, durch die vollständige und genaue Auffassung aller Merkmale derselben, die Möglichkeit einer richtigen Subsumtion herbeizuführen. So muß, um die beiden ersten Regeln in ihrer Anwendung vollständig zu überschauen, die verbrecherische Handlung: 1) nach ihrem Begriffe, 2) nach ihrem Verhältniß zu den Zwecken des Handelnden, 3) nach der Art ihrer Ausführung, und 4) nach ihrem Verhältniß zu den bisherigen Handlungen des Verbrechers betrachtet, und nach allen ihren hieraus sich ergebenden Verschiedenheiten unter jene Regel subsumirt werden. Endlich muß 5) noch die Betrachtung der Handlung nach ihrem Verhältnisse zu der Ge-

müthslage des Verbrechers zur Zeit des gefaßten Entschlusses die genauere Anwendung der dritten Regel (§. 79) bestimmen."

I) „Größe der Strafbarkeit nach Verschiedenheit des Begriffs der Rechtsverletzung."

„(§. 81) Den ersten und wichtigsten Erkenntnißgrund für die Größe der Strafbarkeit des Verbrechers giebt der Begriff der Rechtsverletzung, welcher in dem Begriffe des Verbrechens enthalten ist. Die Verbindlichkeit nämlich, welche dieser Verletzung entgegensteht, kündi gt sich um so wichtiger und dringender an: 1) je wichtiger das Rechtsverhältniß ist, aus welchem sie entspringt; 2) je mehrfacher die Rechtsverhältnisse sind, welche durch ihre Verletzung aufgehoben werden; und 3) je mehrfacher die sinnlichen Triebe, auffer der Strafe, sind, welche die Wirksamkeit der Vorstellung der Verbindlichkeit unterstützen."

Zur ersten Regel bemerkt Grolman (§. 82), daß die Weise, wie in den meisten Lehrbüchern die Rechte nach ihrer Wichtigkeit classificirt würden, mehr falsch als richtig sey. So z. B. sey es keineswegs wahr, daß eine vorübergehende Beschränkung der Freiheit unbedingt strafbarer sey, als eine Eigenthumsverletzung, oder daß ein Polizeiverbrechen unbedingt weniger strafbar sey, als ein unmittelbar bürgerliches Verbrechen (Rechtsverbrechen) ꝛc. Zur zweiten Regel (§. 83): daß zwar bei Verbrechen gegen die Person die Strafbarkeit immer erhöht werde, wenn durch sie eine Mehrheit von Personen (ein Publicum) verletzt werde, ohne Unterschied, ob letzteres als Personengemeinheit in Betracht komme, oder nicht; daß hingegen bei Eigenthumsbeeinträchtigungen dieß nur der Fall sey, wenn durch das Verbrechen (z. B. Brandstiftung, Münzverbrechen, Bankrott), das Eigenthum eines bestimmten oder unbestimmten Publicums, nicht aber auch, wenn dadurch das Eigenthum einer Personengemeinheit (universitas) als solcher verletzt werde, weil letzteres keines kräftigeren Schutzmittels als das Eigenthum physischer Personen bedürfe (wogegen in beiden Beziehungen Feuerbach stets auf der entgegengesetzten, aber unrichtigen Ansicht beharrte, vgl. §. 56). Bei der dritten Regel endlich hat Grolman (§. 84)

Niederträchtigkeit der Gesinnung, Verletzung besonderer Rücksichts- (Respects-) Verhältnisse ꝛc. im Auge.

„II. Größe der Strafbarkeit nach Verschiedenheit des Verhältnisses der Rechtsverletzung zu den Zwecken des Handelnden."

Nach dieser Regel ist (§. 85—87): „1) dasselbe Verbrechen aus Vorsatz verübt strafbarer als das aus Culpa; 2) die nahe Culpa strafbarer als die entfernte, bei beiden die größte strafbarer als die mittlere, die mittlere strafbarer als die geringste; endlich 4) der Urheber strafbarer als der Gehülfe, weil dort Zweck des Handelnden ist, Ursache einer Verletzung zu werden, hier dagegen nur, an der in der Ursache bestimmten Verletzung Theil zu nehmen."

„III. Größe der Strafbarkeit nach Verschiedenheit der Ausführungsart der Verbrechen".

Nach dieser Regel ist (§. 88—91): „1) die noch nicht geendigte Unternehmung minder strafbar als die geendigte, die bloß vorbereitete minder strafbar als die angefangene. Der Beweis dieser Regel liegt in der psychologischen Wahrheit, daß es bei jedem neuen Schritt zur Ausführung eines illegalen Entschlusses entweder einer Erneuerung desselben bedarf, oder ein solches Interesse der Sinnlichkeit an der rücksichtslosen Verfolgung eigennütziger Zwecke vorausgesetzt werden muß, welches selbst nicht einmal den Gedanken an die Verbindlichkeit wieder entstehen läßt, daß mithin jeder neue Schritt in der Ausführung eine fortdauernde Unterdrückung der Vorstellung der Verbindlichkeit, und eben darum größere Strafbarkeit (§. 78) verräth. Vorzüglich stark ist der Unterschied der Strafbarkeit zwischen der angefangenen und der bloß vorbereiteten Unternehmung, weil gerade bei dem Uebergange zu der eigentlich verletzenden Haupthandlung der Zeitpunct ist, wo der Mensch, wenn nicht jede Regung des Pflichtgefühls in ihm unterdrückt ist, auf sich selbst zurückgewiesen werden muß. Aus eben diesen Gründen ergiebt sich aber auch, daß die geendigte Unternehmung (delictum perfectum) mit der vollendeten Rechtsverletzung in gleichem Grade der Strafbarkeit steht. 2) Bei einem bloßen Versuche tritt größere Strafbarkeit ein, wenn der Grund der mangelnden Been-

digung nicht in dem freien Willen des Handelnden, als wenn er in diesem zu finden ist. In dem letzteren Falle nämlich, wo der Handelnde freiwillig auf den Weg zurückkehrt, auf welchen ihn die Strafe führen soll, würde alle Strafe unnöthig erscheinen, wenn nicht bei der „gewiß" geäusserten illegalen Stimmung es „ungewiß" bliebe, ob sein Rücktritt von der Ausführung der beschlossenen That in einem „allgemeinen" Aufgeben jener Stimmung, oder in besonderen, nur auf die beschlossene individuelle That Bezug habenden Motiven Grund finde, und wenn es daher nicht für die Garantie des rechtlichen Zustandes immer nothwendig bliebe, durch allgemein wirkende Motive sich Gefahrlosigkeit für die Zukunft zu bereiten. Es ist indeß nicht zu bezweifeln, daß für diesen Zweck geringere, mehr warnende Strafen genügen. Endlich 3) Rechtsverletzungen, welche mit Ueberwindung ausserordentlicher Hindernisse, welche ihrer Vollendung entgegenstanden, oder auf eine besonders grausame Art verübt wurden, sind strafbarer als dieselben Verletzungen ohne diese begleitenden Umstände verübt".

„IV. Größe der Strafbarkeit nach Verschiedenheit des Verhältnisses der strafbaren Handlung zu den bisherigen Handlungen des Verbrechers".

„In dieser Hinsicht ergeben sich (§. 92—93) folgende Regeln: 1) das nach überstandener Strafe wiederholte (s. g. rückfällige) Verbrechen ist strafbarer als das vorherige, wenn es auch an sich betrachtet selbst geringere Strafbarkeit verrathen haben sollte. 2) Verbrechen, welche aus einer zur Gewohnheit gewordenen Stimmung, oder aus einer zur wahren, fortdauernd beherrschenden Leidenschaft erhobenen Begierde entspringen, haben einen besonders erhöhten Grad der Strafbarkeit. Denn Gewohnheit und die mit dieser gleich wirkende Leidenschaft erfüllen so ganz das sinnliche Interesse derjenigen, welche ihrer Herrschaft unterworfen sind, daß „ohne Vernichtung der Natur" kaum eine Ausrottung dessen erwartet werden kann, was, wie man im gemeinen Leben sehr charakteristisch sagt, gewissermaßen zur andern Natur geworden ist".

„V. Größe der Strafbarkeit nach Verschiedenheit des Ver-

hältnisses der Handlung zu der Gemüthslage des Verbrechers zur Zeit des gefaßten Entschlusses".

Hier handelt Grolman (§. 94—95), zur Entwickelung der dritten Regel (§. 79), von Unmündigkeit, (nicht zur Gewohnheit gewordener) Trunkenheit, Affect (Gemüthsbewegungen, im Gegensatze von Leidenschaften), Krankheit, Altersschwäche, natürlicher Beschränktheit, insofern, aber auch nur insofern dieselben die Functionen der höheren Seelenkräfte in ihrer vollen Thätigkeit und Wirksamkeit hemmen, als Milderungsgründen der Strafe.

„(§. 96) Nach den bisherigen Entwickelungen lassen sich die abschreckenden Strafen in ein genau bestimmtes Verhältniß zu den, in ihren Modificationen so sehr verschiedenen Verbrechen bringen, und es läßt sich danach ein Strafcodex entwerfen, welcher in allen seinen Theilen die strengste Consequenz und Ausschließung aller Willkür darstellt, wenn man Einen Strafansatz z. B. auf das dem Grade nach geringste Verbrechen und die Bestimmung der Größe Eines Strafgrades zugiebt, welchen freilich nur eine „durch richtige Politik geleitete Willkür" ergeben kann".

„Aus der consequenten Anwendung dieses Maaßstabes müssen sich dann auch die Fälle entwickeln lassen, wo an die Stelle der abschreckenden Strafen „absolute Sicherheitsstrafen" eintreten müssen. Es gehören dahin nämlich: 1) diejenigen Verbrechen, welche an Strafbarkeit diejenigen übersteigen, für welche nach dem angenommenen Strafmaaße schon das höchste Maaß abschreckender Strafen bestimmt werden müßte. 2) Diejenigen, in Ansehung welcher die Erfahrung gelehrt hat, daß die nach dem Maaßstabe der Strafen scheinbar genügenden abschreckenden Strafen ungenügend seyen. Wenn nämlich Jemand wegen seiner Verbrechen bereits die abschreckendsten Strafen erduldet hat, so beweist eine dessen ungeachtet eintretende Wiederholung wahre juridische Unverbesserlichkeit, welche jeden Versuch mit Besserungsmitteln, deren Fruchtlosigkeit sich schon bewährt hat, nothwendig ausschließen muß".

§. 84.

So endigt diese Deduction mit dem, womit sie anhebt, nämlich mit den absoluten Sicherheitsstrafen, von welchen ausführlich schon bei der Qualität der Strafen (§. 80) die Rede war. Denn Grolman's Theorie ist weder bloß psychische, noch bloß physische Prävention (letztere allein ist freilich seither von Niemand aufgestellt worden), sondern beides zugleich, physische und psychische Prävention, und unterscheidet sich dadurch wesentlich von den älteren Präventionstheorieen. Darin, so wie in dem unermüdlichen Streben, die Prinzipe für das rechtliche Strafmaaß möglichst zu vervollkommnen, blieb sich Grolman stets getreu; und daß ihm diese Vervollkommnung in hohem Grade gelungen sey, das ergiebt eine schon flüchtige Parallele zwischen dieser, und der oben in ihren Grundzügen mitgetheilten zweiten Deduction. Ist sie aber im Wesentlichen die gleiche geblieben, oder ist sie nicht eine ganz andere geworden? Beim ersten Anblick scheint letzteres der Fall zu seyn. Denn, statt daß die frühere Deduction mit dem Prinzipe anhebt: „der Verbrecher soll nach Maaßgabe seiner Verwilderung, welche den Grad seiner Gefährlichkeit für die Zukunft bestimmt, gestraft werden", hebt diese Deduction im Sinne Feuerbach's gleich mit der „Abschreckung", freilich nicht der Generalabschreckung, sondern der Spezialabschreckung, aber doch der Abschreckung an, und scheint damit einen ganz andern Character anzunehmen. Und in der That glaubt man sich auch ganz auf dem Gebiete der psychischen Zwangstheorie zu befinden, wenn Grolman, von dem Prinzipe ausgehend: „soll die Strafe abschrecken, so muß sie von der Größe seyn, daß dadurch das sinnliche Interesse an der That vollständig unterdrückt wird", aus diesem Prinzipe die Regeln für den Maaßstab der Strafen ableitet.

Allein, so gewiß man auch zugeben muß, daß bei den abschreckenden Strafen (denn diese gehen uns hier allein an) mehr, als in den früheren Deductionen, der Character und die Folgerungen der Abschreckung hervortreten, was wohl auf Rechnung der glänzenden Erfolge von Feuerbach's Theorie, die Grolman auch der seinigen zu vindiciren wünschte, zu setzen ist; so gewiß ferner das Prinzip der Abschreckung, man mag sich darunter die

General- oder die Spezialprävention, oder beide zugleich denken, zu Folgerungen führen muß, die einander, wenn auch nicht gleich, doch ähnlich sind, ja nicht selten mit einander zusammenfallen — so läßt sich doch nicht behaupten, daß Grolman sich in das Gebiet der psychischen Zwangstheorie, wie das Feuerbach'sche System vorzugsweise genannt wird, hier irgend verirrt habe. Vielmehr macht er von vorne herein auf den wesentlich verschiedenen Gang beider Systeme aufmerksam, obwohl sie, wie er zugiebt, im Einzelnen vielfach zu dem gleichen Resultate führen können und wirklich führen.

Man darf, was Grolman bestimmter hätte hervorheben sollen, nicht vergessen, daß die Präventionstheorie nur gegen das Individuum, welches bereits verbrochen hat, gerichtet ist, und dieses durch abschreckende Strafe juridisch (politisch) bessern will, damit wenigstens für die Zukunft die Rechtssicherheit gegen dasselbe gewahrt werde; daß also die abschreckende Wirkung der Strafe von dem Erleiden derselben, oder, wie man im Gegensatze der Androhungstheorie zu sagen pflegt, von der Vollziehung der Strafe erwartet wird. Hingegen die psychische Zwangstheorie will nicht erst abwarten, daß eine Uebertretung statt gefunden hat, sondern durch allgemeine, d. h. gegen alle Unterthanen, als mögliche Verbrecher, gerichtete Strafdrohungen den Rechtszustand im Ganzen wahren und erhalten. Hiernach ist es von vorne herein einleuchtend, daß die Spezial- und Generalabschreckung, als Mittelzwecke der Strafe gedacht, unmöglich zu demselben Strafmaaße führen können, und wenn sie auch in einzelnen, ja vielen Beziehungen gleiche Resultate gewähren, dieß nicht sowohl dem Umstande beizumessen ist, daß beide Systeme Abschreckungstheorieen sind, als vielmehr darauf beruht, daß überhaupt die verschiedenen Strafrechtssysteme, seyen es relative, absolute, oder gemischte Theorieen, im Einzelnen vielfach zu den gleichen Ergebnissen führen.

Wie kann nun aber, fragt Grolman, die Größe des sinnlichen Interesses an der Begehung von (d. h. von neuen) Verbrechen erkannt werden, um dasselbe durch das Gegengewicht der (zuzufügenden) Strafe wirksam zu unterdrücken? Hierauf antwortet er: nicht aus der Größe des Vortheils, den der Ver-

brecher sich (von neuen Uebertretungen) verspricht — wie nach Feuerbach's Theorie, welche von der Größe der Lust an und aus dem Verbrechen, d. h. den daraus zu erwartenden Vortheilen, ausgeht; denn, sagt Grolman, die Ansichten der Menschen über das, was ihnen Nutzen gewährt, und über die Größe dieses Nutzens weichen so sehr von einander ab, daß danach kein allgemeiner Maaßstab (für die Präventionstheorie oder die Spezialabschreckung) möglich wäre. Mithin bleibt nur übrig, „die Vorstellung, welche der Erzeugung des illegalen Entschlusses in dem Menschen entgegensteht, in Hinsicht der Stärke ihrer Einwirkungen, nach allgemein gültigen psychologischen Gründen zu würdigen". Hieraus ergiebt sich, als erste Regel, der Satz: „Je wichtiger sich die dem Verbrechen entgegenstehende Verbindlichkeit in dem Bewußtseyn des Verbrechers ankündigen mußte, um so strafbarer ist das Verbrechen (oder vielmehr: der Verbrecher)", und, als zweite Regel: „Je fortdauernder die Einwirkung der Vorstellung der, dem Verbrechen entgegenstehenden Verbindlichkeit auf das Begehrungsvermögen des Verbrechers unterdrückt ist, um so strafbarer ist das Verbrechen (oder vielmehr: der Verbrecher)". Nach der ersten Regel ist z. B. der Urheber einer vorsätzlichen Tödtung am strafbarsten, nach der zweiten sind z. B. Gewohnheitsverbrecher besonders strafbar. Diese beiden Regeln stellte schon Grolman in der zweiten Deduction auf, nur in anderer Verbindung und Reihenfolge (§. 82), und knüpft hieran die gegen Feuerbach gerichtete Bemerkung: „nicht also die Gefährlichkeit des Verbrechens (der Handlung) für den Rechtszustand bestimmt die Größe der Strafbarkeit des Verbrechers (des Subjects)"; denn nach der Präventionstheorie giebt es keinen objectiven Maaßstab der Strafbarkeit, sondern nur einen subjectiven. Mit andern Worten: der Grad der Strafbarkeit des Verbrechers kann nur erkannt werden aus dem, was in ihm selbst (in seinem Inneren) vorgeht, kurz aus der Größe seiner illegalen Stimmung, früher Größe der Verwilderung genannt. Um aber von dieser die nöthige Gewißheit zu erlangen, kann und darf von der Größe der Verletzung (des objectiven Moments), auf den Grad oder die Größe seiner illegalen Stimmung (Gesinnung) geschlossen werden. Denn

je größer die Verbindlichkeit ist, die Jemand vorsätzlich übertritt, um so größer erscheint die Illegalität seiner Gesinnung.

Den Schluß: „folglich ist er um so gefährlicher für die Zukunft" findet man zwar nicht mehr, wie früher, ausgesprochen. Allein man muß ihn gleichwohl aus den Prämissen ziehen. Denn, obwohl Grolman nicht anders thut, als ob nach seiner Theorie der Verbrecher wegen, und lediglich wegen des verübten Verbrechens (der gezeigten Illegalität der Gesinnung), also **quia peccavit** gestraft werde: so hat doch die Beurtheilung des Fundaments seiner Theorie unwiderleglich dargethan, daß danach der Verbrecher vielmehr gestraft werde: **ne peccet**, wie dieß auch schon die Idee der Abschreckung nach der That (nach Verübung des Verbrechens) ergiebt. Wird aber der Verbrecher darum gestraft, damit er, als für die Zukunft Gefahr drohend, sich neuer Uebertretungen enthalte, so muß nach Regeln der Logik der Grad seiner Strafwürdigkeit durch den, von ihm dargelegten Grad seiner Gefährlichkeit für die Zukunft (Verwilderung) bestimmt werden, und die nach diesem Maaßstabe eingerichtete Strafe wird Abschreckungsstrafe genannt, weil sie ihn für die Zukunft unschädlich machen soll. Die Abschreckung oder juridische Besserung ist daher, wie im Sinne aller relativen Theorieen, welche einen Mittelzweck der Strafe anerkennen, das Mittel zur Realisirung des Endzwecks der Strafe, nämlich der Erhaltung der Rechtsordnung durch psychische Unschädlichmachung des Verbrechers.

Das besondere Gewicht, welches Grolman auch in dieser Deduction auf Rückfall, Gewohnheit, Neigung zum Trunk, zum Affect ꝛc. legt, bestätigt diese Ansicht. Denn hier kann es lediglich die größere Gefahr für die Zukunft seyn, welche eine Steigerung der Abschreckungsstrafe, ja unter Umständen einen Uebergang zu absoluten Sicherheitsstrafen bewirkt. Letztere, welche namentlich den Gewohnheitsverbrecher für die Zukunft völlig unschädlich machen sollen, sind begründet, wenn die Illegalität seiner Gesinnung einen solchen Grad erreicht hat, oder bis zu der Höhe gestiegen ist, daß nach menschlicher Beurtheilung bloße Abschreckungsstrafen keine Garantie für die Zukunft gewähren.

Daß diese Prinzipe nicht zu milden, sondern zu strengen Straf-

bestimmungen führen, ist einleuchtend, und erhellt weiter daraus, daß Grolman eine Abweichung von denselben nur in „außerordentlichen Fällen" zuläßt. Dieß führt zur dritten Hauptregel, welche nach seiner früheren Deduction die zweite bildete. Wie ängstlich er diese auch noch jetzt anwendet, erhellt namentlich daraus, daß er das versuchte Verbrechen selbst dann noch, nur milder, gestraft wissen will, wenn der Uebertreter freiwillig und re integra von dem Vorhaben abstand. Denn der Schluß, den die äussere Handlungsweise desselben auf die Illegalität seiner Gesinnung zuläßt, ist, wie Grolman sich ausdrückt, „gewiß", hingegen das völlige Aufgeben des verbrecherischen Vorsatzes (was leicht nur ein Aufschieben seyn könnte), und zwar für die ganze Zukunft (denn wie leicht kann nicht bei passender Gelegenheit der Entschluß erneuert werden) ist, als bloß innere Thatsache, „ungewiß" — das Gewisse kann aber nicht durch das Ungewisse aufgehoben werden. Allein, was heißt dieß anders, als daß Gründe der Wahrscheinlichkeit genügen, um den Verbrecher strenger, nicht aber umgekehrt, um ihn milder zu beurtheilen. Denn, worauf beruht der Rechtsgrund der Strafe, also auch des rechtlichen Strafmaaßes, nach Grolman's Theorie wohl anders, als auf bloßen Gründen der Wahrscheinlichkeit? Läßt man aber diese gegen den Verbrecher gelten, so muß man sie auch, und zwar um so mehr, für ihn gelten lassen, und es kann, selbst vom Standpuncte dieser Theorie nicht bezweifelt werden, daß der Schluß von dem freiwilligen Aufgeben einer strafbaren Unternehmung auf die nunmehrige Legalität der Gesinnung des Unternehmers eben so gewiß ist, als der Schluß von der objectiven Schwere der That auf den Grad der Illegalität seiner Gesinnung, oder vielmehr ihrer Gefährlichkeit für die Zukunft. Selbst die P.G.O. vom J. 1532, die doch in jenem Falle unzweifelhaft Straflosigkeit zusichert, mußte sich längere Zeit in der Doctrin und Praxis die Unterschiebung der Grolman'schen Ansicht gefallen lassen, und erst der psychischen Zwangstheorie, insbesondere der Auctorität des Baier'schen Str.G.B., verdankt man den vollständigen Sieg der richtigen Ansicht, wie auch den weiteren Sieg, daß das delictum perfectum, und die so genannten objectiv unschädlichen Versuchs-

handlungen milder zu beurtheilen seyen, als das vollendete, beziehungsweise unter gewöhnlichen Umständen versuchte Verbrechen. Aber freilich, würdigt man die objective Seite der That nicht selbstständig, sondern benutzt dieselbe nur zu Schlüssen auf die Gesinnung des Handelnden, so gelangt man unvermeidlich zu so strengen Ansichten, wie sie bei Grolman sich ausgesprochen finden. Sein Standpunct ist im Wesentlichen der der Moral, für welche die äußere Handlung an sich keinen sittlichen Werth oder Unwerth hat, sondern solchen erst durch ihre Beziehung auf die Gesinnung oder Triebfeder des Handelnden, aus welcher sie herfloß, erhält, nur mit dem Unterschiede, daß der Strafgesetzgeber sich nicht mit der Immoralität, sondern der bloßen Illegalität der Gesinnung befassen soll. Dieß heißt aber mit andern Worten eine ausschließlich innere Beurtheilung fanfzioniren, welche noch unvollkommener ist, als die unvermeidlich unvollkommene moralische Beurtheilung der inneren Schuld des Menschen.

Auf der anderen Seite muß man freilich zugeben, daß Grolman's Theorie im Allgemeinen nicht zu solcher Strenge führt, wie das consequent durchgeführte, wenn auch durch Anlegung gewisser Schranken sich selbst zügelnde Abschreckungsprinzip oder Prinzip des psychischen Zwanges. Denn dieses würdigt theils objectiv den Grad der Gefährlichkeit der Handlung für den Rechtszustand, theils subjectiv den der Gefährlichkeit des zum Handeln Entschlossenen, und zwar bei vorsätzlichen Uebertretungen je nach der Intensität, der Festigkeit, und dem Umfange der zum Verbrechen anrathenden Triebfedern, und bestimmt danach die Größe der anzudrohenden, und demgemäß auch zu vollziehenden Strafe. Dieß heißt im Sinne Grolman's die Illegalität der Gesinnung doppelt in Anrechnung bringen. Denn rechtlich ist dieselbe schon in der objectiven Schwere der That gewürdigt, und gleichwohl soll sie noch einmal in Anrechnung gebracht werden; ja Feuerbach macht das Strafmaaß sogar von inneren Thatsachen (von der Beschaffenheit der Triebfedern) abhängig, welche von dem Gesetzgeber nicht mit der Sicherheit erkannt werden können, als erfordert würde, um danach eine Abstufung der Strafe nach be-

stimmten Regeln vorzunehmen. So müßte Grolman die Feuerbach'sche Theorie vom Standpuncte der seinigen beurtheilen.

Allein so sehr auch in dieser Beziehung die Grolman'schen Prinzipe den Vorzug verdienen mögen, so verfehlt sind sie gleichwohl. Vorerst ergiebt sich im Allgemeinen, daß mit dem Rechtsgrunde der Strafe auch die unmittelbar daraus herfließenden Grundsätze — hier für den Maaßstab der Strafe — fallen müssen. Ist also, wie nachgewiesen wurde, der rechtliche Grund der Präventionsstrafe verfehlt, so können auch die daraus abgeleiteten Prinzipe für den Maaßstab der Strafe keine Gültigkeit haben. Sodann stellt sich die Unhaltbarkeit dieser Prinzipe auch aus andern Gründen dar. Namentlich der Satz, daß der Begriff (die Größe, die Schwere) des Verbrechens vorzugsweise den Grad der Illegalität der Gesinnung des Handelnden zur Zeit der That bestimme, unterliegt gegründetem Bedenken; und noch bedenklicher ist es, wenn — wie dieß die Consequenz der Präventionstheorie gebietet — vorzugsweise aus dem Begriffe des Verbrechens der Grad der Gefährlichkeit des Verbrechers für die Zukunft gefolgert werden soll. Allerdings setzt Grolman bei beiden Schlüssen Vorsatz (dolus) voraus; auch sollen aufferordentliche Umstände zu dem entgegengesetzten Schlusse berechtigen können. Allein wie? Sollte wohl eine subjectiv geminderte Strafwürdigkeit bei objectiv schweren, wie umgekehrt eine subjectiv erhöhte Strafwürdigkeit bei objectiv wenig schweren, ja an sich geringfügigen Uebertretungen zu den Ausnahmen von der Regel, mithin zu den juridischen Seltenheiten gehören? Dieß dürfte sich weder vom Standpuncte der Erfahrung, noch aus der menschlichen Natur erweisen lassen, daher man sich erst einen, wie nachgewiesen wurde, zu mannigfachen Härten und Unbilligkeiten führenden Begriff von Illegalität (im Gegensatze der Immoralität) der Gesinnung bilden muß, um zu solchen Sätzen zu gelangen. Wenn Jemand z. B. sagte: wer fleißig in die Kirche gehe, sey wenigstens juridisch ein guter Christ, und wer es nicht thue, habe juridisch kein Christenthum, so fragt man mit Recht, was mit solchen Sätzen gewonnen werde? Ist es nur die Gesinnung, welche den Maaßstab für die Beurtheilung des Grades der Verschuldung hergeben soll, so muß

es die wirkliche und volle, und nicht eine bloß fingirte und halbe Gesinnung seyn, welche jenen Maaßstab gewährt. Hiezu kommt noch eine, von der General-Abschreckung entlehnte, weitere Beschränkung, welche dem Richter die Beurtheilung des Grades der illegalen Stimmung noch mehr erschwert, nämlich die Aufstellung von absolut und relativ bestimmten Strafgesetzen, von welchen jene sein Ermessen völlig, diese theilweise beschränken. Zwar liegt darin vom Standpuncte der Grolman'schen Theorie kein Widerspruch; denn ist jene Regel so sicher, und jene Ausnahme so selten, sind endlich beide so fest in der menschlichen Natur gegründet, als Grolman annimmt, wie sollte nicht der Gesetzgeber dem Richter einen, und zwar bedeutenden Theil der Mühe, die subjective Strafwürdigkeit nach ihren Graden zu bestimmen, abnehmen können? Allein jene Voraussetzungen sind eben ungegründet.

Noch weniger kann aus dem Begriffe des Verbrechens ohne weiteres auf den Grad der Gefährlichkeit des Verbrechers für die Zukunft geschlossen werden; vielmehr sind es die Umstände der That und deren Beschaffenheit, welche die Prämissen zu jenem Schlusse bilden.

Man kann das, was nach der bisherigen Ausführung den Grolman'schen Prinzipen für das rechtliche Strafmaaß vorzuwerfen ist, in dem kurzen Satze zusammenfassen, daß er einen dolus ex re annimmt, zwar nicht in dem Sinne, daß die Frage, ob das angeschuldigte Verbrechen ein vorsätzliches oder nur culposes sey, unmittelbar aus der That selbst gefolgert werden soll (denn eines dolus ex re in diesem Sinne bedurfte Grolman nicht einmal, weil er, neben der Präsumtion der Zurechnungsfähigkeit, noch eine praesumtio doli vertheidigt); sondern in dem Sinne, daß, wenn nicht ausserordentliche Ereignisse vorliegen, aus der That selbst der Grad oder die Größe der Rechtswidrigkeit (Illegalität) der Gesinnung gefolgert werden soll. Allein es stände schlimm um die Strafgerechtigkeit, wenn Gesetzgeber und Richter so verfahren dürften.

§. 85.

Am ausführlichsten hat Oersted, Grundregeln der Straf-

gesetzgebung S. 54 fg., das Verhältniß der Präventions- zur Abschreckungstheorie besprochen, und da er in beiden bedeutende Vorzüge, aber auch bedeutende Mängel entdeckte, so führte ihn dieß auf den Gedanken, die Mängel des einen Systems durch die Vorzüge des andern auszugleichen, also mit andern Worten ein aus Prävention und Abschreckung zusammengesetztes (coalirtes) System aufzustellen. Nun gehört freilich die Darstellung und Beurtheilung der coalirten relativen Systeme nicht hieher; allein theils bedarf jene, jedenfalls hieher gehörige, Parallele zwischen beiden Theorieen mancher, und zwar wesentlicher Berichtigungen; theils läßt sich Oersted's Coalitionssystem gerade hier am zweckmäßigsten anknüpfen, wenn auch nur, um später Wiederholungen zu vermeiden.

Ueber das Verhältniß der Präventions- zur Abschreckungstheorie, und umgekehrt, drückt er sich im Wesentlichen dahin aus:

„Die reine Präventionstheorie könnte leicht den Gesetzgeber zu practischen Irrthümern verleiten, so wie sie ihn auch in manchen Fällen in Zweifel und Ungewißheit lassen wird."

„So wird man (um zunächst mit der Qualität der Strafen zu beginnen) mit der Rechtfertigung der Todesstrafe nicht in's Reine kommen, wenn man die Sicherung gegen den einzelnen Verbrecher als einzigen Zweck der Strafe anerkennt. Ganz consequent haben daher Schaumann, Kleinschrod, Fichte (den man nach §. 6 allerdings auch, wenigstens theilweise, hieher zählen kann) und Grolman den Satz aufgestellt, daß die Hinrichtung des Verbrechers nie „gesetzliche Folge eines Verbrechens" seyn, sondern nur als ausserordentliches Sicherungsmittel da eintreten könne, wo, wegen besonderer Umstände, selbst die lebenslängliche Einsperrung der bürgerlichen Gesellschaft keinen hinreichenden Schutz gegen einen Verbrecher gewährt, der „dem Gesetz zufolge" die höchste eigentliche Strafe verwirkt hat. Ist dagegen das Strafprinzip auf Abschreckung aller möglichen Verbrecher gestellt, so wird man nicht leicht darüber im Zweifel seyn, daß die Tödtung als eigentliche Strafe angewendet werden könne, indem die dagegen geltend gemachten Einwendungen widerlegbar sind."

„Auch noch andere Strafarten giebt es, welche die Präven-

tionstheorie bestimmt verwerfen muß, während die Abschreckungstheorie dieselben billigt, wie z. B. körperliche Züchtigung in Verbindung mit lebenslänglicher Freiheitsberaubung".

„Sodann (die Quantität der Strafe betreffend) führen hinsichtlich des Einflusses der Gelegenheit und der (dadurch bewirkten) Verführung zu einem Verbrechen, die Präventions- und die Abschreckungstheorie, wenigstens theilweise, zu ganz entgegengesetzten Resultaten".

„Erstere muß anerkennen, daß, je mehr äussere Umstände zum Verbrechen einluden, um so weniger dasselbe aus einem inneren Triebe hervorging, sich mithin die Gefährlichkeit und Strafbarkeit des Verbrechers vermindern. Hingegen letztere muß, unter gewissen Bedingungen, aus der, zu bestimmten Arten von Verbrechen sich leichter darbietenden Gelegenheit einen Grund zur Schärfung der Strafe hernehmen; ein Prinzip, welches auch fast alle Strafgesetze mehr oder minder anerkannt haben. Man denke z. B. nur an die Strafe des Felddiebstahls. (Oersted hätte auch noch anführen können, daß nach einer für Holstein geltenden Verordnung gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts das Abschneiden der Schweife von frei weidenden Pferden, wenn der Verf. nicht irrt, mit zwanzig Jahren Zuchthaus bedroht ist. Einen so gründlichen Schutz gewährt freilich die Präventionstheorie den Pferdeschweifen nicht)."

„Ferner muß die Präventionstheorie, wenn sie sich consequent bleiben will, den einzelnen Umständen, die für einen mehr oder minder starken Hang des Schuldigen zu Verbrechen zeugen, ein bei weitem größeres Gewicht beilegen, als ihnen in der Abschreckungstheorie eingeräumt werden kann, indem letztere immer in der Schädlichkeit und Gefährlichkeit des Verbrechens einen festen Punct zur Bestimmung der Strafe hat, wenn gleich diese „in etwas" dem, aus den gegebenen Umständen hervortretenden Grade von Festigkeit des rechtswidrigen Willens angepaßt werden muß. Zwar hat Grolman mit vielem Scharfsinn nachzuweisen gesucht, daß die Größe des rechtswidrigen Willens im Verhältniß zu der Wichtigkeit des verletzten Rechts stehe; allein so richtig dieß auch an und für sich ist, so läßt sich doch

nicht läugnen, daß die besonderen Umstände, welche ein Verbrechen begleiten, mehr als dessen eigentlich schädliche und gefährliche Natur den Grad der persönlichen Gefährlichkeit des Verbrechers bestimmen."

„Ja, es könnte nach der Präventionstheorie selbst zweifelhaft seyn, ob die Strafe bei Verbrechen stehen bleiben dürfe, und ob nicht schon ein lasterhafter Lebenswandel, welcher mehr als manches Verbrechen eine gefährliche Gesinnung beurkunden kann, hinreichen sollte, um ein derartiges Subject zu bestrafen?"

Ist in diesen Beziehungen nach Oersted's Ansicht die Präventionstheorie im Nachtheil gegen die Theorie der Abschreckung, so sollen dagegen (a. a. O. S. 315 fg.) Feuerbach's Prinzipe für das rechtliche Strafmaaß sich vielfach in das Gebiet der Präventionstheorie verirren, indem Affect, an sich edle Motive, gute Erziehung ꝛc. nach den Grundsätzen der psychischen Zwangstheorie, statt Minderungs=, vielmehr Erhöhungsgründe der Strafe seyen, wie sich dieß auch vom Standpuncte der Präventionstheorie ergebe.

Verweilen wir zunächst bei dieser Parallele zwischen beiden Theorieen, so ist mit Grund Manches dagegen zu erinnern.

Erstlich kann nicht behauptet werden, daß nach Grolman's Theorie die Todesstrafe keine eigentliche Strafe, sondern nur ein ausserordentliches, der richterlichen Beurtheilung zufallendes Sicherungsmittel sey. Sie ist vielmehr, wie Grolman bestimmt genug ausgesprochen hat, eine absolute Sicherungsstrafe, und kann in dieser Eigenschaft nicht nur von dem Gesetzgeber angedroht werden, sondern soll es auch. Insofern hat Oersted die Ansichten Schaumann's, Kleinschrod's, Fichte's und Grolman's nicht gehörig unterschieden, in welcher Beziehung das bereits Ausgeführte nicht wiederholt zu werden braucht.

Zweitens: die Verbindung der körperlichen Züchtigung mit lebenslänglicher Freiheitsberaubung (von Grolman, mit Rücksicht auf den davon unzertrennlichen Zwang zur Arbeit, treffend Sklaverei genannt), gereicht der Abschreckungstheorie eben so wenig zum Vorzug vor der Präventionstheorie. Mit Recht hat das württemb. Str.G.B. vom J. 1839 alle Qualificationen bei

lebenslänglicher Zuchthausstrafe ausgeschlossen, so daß geringere concurrirende Strafen erlassen werden — nach der Strafproceß-Ordnung vom J. 1843 sogar „Lügenstrafen" (denn der Art. 148 Abs. 1. spricht nur von zeitlichem Zuchthause), während diese sonst eine Ausnahme von dem Satze: **poena major absorbet minorem** bilden. Nichts dürfte mehr zur Characterisirung des bestehenden Inquisitionsprocesses dienen, als auf der einen Seite dem zum zeitlichen Zuchthause Verurtheilten alle concurrirenden Gefängnißstrafen bis zu 2 Jahren und Geldstrafen, ferner dem zum Arbeitshause Verurtheilten concurrirende Bezirksgefängniß-strafe bis zu 6 Wochen und Geldbußen, endlich dem zum Zucht- oder Arbeitshause Verurtheilen alle concurrirenden zeitlichen Ehrenstrafen zu erlassen (Str.G.B. Art. 118) — auf der andern Seite aber Strafen wegen Lügen vor dem Inquisitionsgerichte davon auszunehmen (Str.Pr.O. Art. 148).

Drittens: beide Theorieen sollen zwar darin übereinstimmen, daß Gelegenheit zur Verübung eines Verbrechens im Allgemeinen die Gefährlichkeit, mithin die Strafbarkeit des Verbrechers vermindere; dagegen soll die Feuerbach'sche Theorie bei Entwendungen, Zerstörungen oder Beschädigungen solcher Gegenstände, welche dem Schutze des Publicums anvertraut sind, eine Ausnahme zulassen. Allein es hängt davon ab, in welchem Umfange hier strengere Strafen eintreten sollen. Sollen es, wie Oerstedt anzunehmen scheint, Abschreckungsstrafen seyn, also Strafen, welche das Maaß der Verschuldung übersteigen, so lassen sich solche so wenig hier, wie überhaupt, rechtfertigen. Sollen es hingegen proportionirte Strafen seyn, so ergeben sich solche auch aus der Präventionstheorie. Denn diejenigen Gründe, welche im Allgemeinen den Gelegenheitsverbrecher als minder verdorben erscheinen lassen, treffen nicht nur unter jenen besondern Umständen nicht zu; sondern ein solcher Uebertreter zeigt umgekehrt eine größere Illegalität der Gesinnung, weil ihm jene Umstände, und die dadurch begründete dringende Pflicht, fremdes Eigenthum zu achten, nicht unbekannt seyn können, je größer aber die Pflichtverletzung, um so größer auch die illegale Stimmung des Willens, und je größer diese, um so gefährlicher der Uebertreter für

die Zukunft ist. Bei der Ausmessung der Strafe innerhalb der Strafrahme wird daher der Richter ein besonderes Gewicht auf jene Verhältnisse legen; ja nichts steht im Wege, um nach Grolman's legislativen Prinzipen eine besondere Strafrahme für solche Fälle festzusetzen. Eben so ungegründet ist die Behauptung Anderer, daß hinsichtlich des Einflusses der Gelegenheit und der dadurch bewirkten Verleitung zum Verbrechen, die Feuerbach'sche Theorie im Allgemeinen der Grolman'schen entgegenstehe, weil nach Feuerbach's s. g. Theorie der sinnlichen Triebfedern der, durch die dargebotene Gelegenheit erzeugte mächtige Reiz zur Verübung des Verbrechens, eines besonders kräftigen Gegenmittels bedürfe, um wirksam unterdrückt zu werden. Daß diese Ansicht, und die mit ihr auf gleichem Grunde beruhende Behauptung Oersted's hinsichtlich des Einflusses des Affects, der an sich guten und lobenswerthen Motive ꝛc., auf einer unrichtigen Auffassung der subjectiven Strafzumessungsgründe Feuerbach's beruhe, wurde schon bei der Beurtheilung dieses Systems nachgewiesen, braucht daher hier nicht wiederholt zu werden.

Viertens: es gereicht einem Strafrechtssysteme, und den daraus abgeleiteten legislativen Prinzipen eher zum Vorzug als zum Vorwurf, wenn sie dem Richter die Möglichkeit gewähren, die Umstände der That und deren Beschaffenheit gehörig zu berücksichtigen, um für jeden einzelnen Fall die dem Grade der Verschuldung entsprechende Strafe festsetzen zu können. Ist nun gleich die Präventionsstrafe nicht die gerechte (proportionirte) Strafe, so ist doch das Prinzip, welches Grolman aufstellt, nämlich: das Ermessen der Gerichte nur so weit zu binden, als zur Vermeidung von Willkürlichkeiten unumgänglich erfordert wird, richtiger als das entgegengesetzte Prinzip von Feuerbach, welches, damit nicht der Zweck der Abschreckung vereitelt werde, das richterliche Ermessen möglichst in Fesseln schlägt. Oersted irrt aber auch darin, daß der Feuerbach'sche Maaßstab der Strafe zunächst der objective sey, und nur „in Etwas" durch den subjectiven modificirt werde. Die Beurtheilung dieser Theorie hat seiner Zeit das Gegentheil ergeben.

Fünftens: ein bloß lasterhafter Lebenswandel kann sich nach

Grolman's Theorie niemals zu einer Bestrafung eignen. Sein Rechtssystem ist im Allgemeinen das Kant-Fichte'sche, welches auf dem Gegensatze des Rechts und der Moral beruht, nur daß er diese Idee nicht bis zu ihrer äussersten Consequenz verfolgt, wie die Beurtheilung des rechtlichen Fundaments seiner Strafe ergeben hat.

Sechstens: eben so wenig besteht, wie schon zu dem vierten Einwande Oersted's bemerkt wurde, hinsichtlich des Einflusses des Affects, des an sich edlen Motivs ꝛc. ein wirklicher Gegensatz zwischen beiden Theorieen.

Damit ist freilich nicht gesagt, daß die Präventions- und die Abschreckungstheorie hinsichtlich des Maaßstabes der Strafe durchaus, oder auch nur in allen wesentlichen Beziehungen mit einander übereinstimmen, indem sie vielmehr, wie nachgewiesen wurde, im Einzelnen sehr bedeutend von einander abweichen. Allein man muß doch eines Theils, um ein richtiges Urtheil über dieselben zu gewinnen, die wirklichen von den bloß scheinbaren Gegensätzen unterscheiden; andern Theils erhält man damit von vorne herein einen Maaßstab für die Beurtheilung der Oersted'schen Coalition. Denn, sind die meisten Vorwürfe der Präventionstheorie auf der einen, und der Abschreckungstheorie auf der andern Seite ungegründet, oder, was im Sinne Oersted's das gleiche ausdrückt, sind die angeblichen Vorzüge beider (so weit sie hier berührt sind) im Wesentlichen die gleichen: wozu sollte es noch einer Coalition bedürfen, um die (angeblichen) Mängel der einen Theorie durch die (angeblichen) Vorzüge der andern — gleichsam mit dem Mangel des Gesetzgebers — zu bedecken? Und dabei wäre noch besonders zu erwägen, was man von der einen, wie von der andern Theorie gleichsam mit in den Kauf bekommt, z. B. von der Präventionstheorie den Satz der gleichen Strafbarkeit des delictum perfectum (selbst bei objectiv unschädlichen Handlungen) mit dem vollendeten Verbrechen, der Bestrafung eines freiwillig aufgegebenen Versuchs ꝛc., wie umgekehrt von der Abschreckungstheorie alle ihre Härten und Schroffheiten, oder bestimmter ausgedrückt, Ungerechtigkeiten. Doch, in dieser Beziehung haben die Syncretisten es gerade so

gut, wie diejenigen, welche ein System auf Fictionen gründen. Denn, so wie man fingiren kann, was und wie man will (§. 2), so kann man auch bei Coalitionen sich auslesen, was, und wie viel man von dem einen, beziehungsweise dem andern Systeme annehmen will. Insofern kommt es also darauf an, wie Oersted coalirt, und zu diesem Behuf lassen wir ihn selbst reden.

§. 86.

2. Oersted.

In der mehr angeführten Schrift §. 12—13 argumentirt dieser Schriftsteller (gegenwärtig K. dänischer Staatsminister) im Wesentlichen so:

„Die Sicherheit, welche der Staat herbeiführen soll, wird offenbar dadurch nicht erreicht, daß (wie nach Grolman) Niemand wiederholt ein Verbrechen begehe, gesetzt auch, daß dieser dem Strafgesetze (d. h. der Strafe) beigelegte Zweck vollständig erreicht werden könnte; sondern die Sicherheit des Staats gebietet, daß jedem Verbrechen, dem ersten sowohl als dem wiederholten, vorgebeugt werde."

„Dieser Zweck kann durch das Strafgesetz erreicht werden, indem die Vorstellung der Strafe ganz geeignet ist, denjenigen, welcher etwa Neigung zu einer verbrecherischen Handlung hat, von der Begehung derselben abzuschrecken. Auch verletzt es weder die Gerechtigkeit, noch würdigt es den Menschen herab, wenn Gesetze gegeben werden, um von Verbrechen abzuschrecken."

„Nur darin kann man Feuerbach nicht beistimmen, daß der unmittelbare (nächste) Zweck der Strafvollziehung kein anderer sey, als die Wirksamkeit der Strafandrohung zu sichern, weil letztere sonst nur eine Scheindrohung wäre, also der mittelbare Zweck der Strafvollziehung wiederum nur Abschreckung durch das Gesetz sey. Da nämlich der Staat das Recht und die Pflicht hat, mit allen ihm zu Gebote stehenden (rechtlichen) Mitteln sich und seine Angehörigen vor Verbrechen zu sichern, so darf er nicht aus den Augen verlieren, daß das Individuum, welches durch die Drohung des Gesetzes nicht in Schranken gehalten wurde, dadurch eine Gefährlichkeit an der Tag gelegt hat,

welche es nothwendig macht, sich gegen ihn zu sichern; und eben so muß der Staat die Vollziehung der Strafgesetze (d. h. der zuerkannten Strafen) so einrichten, daß sie einen möglichst abschreckenden Eindruck (auf den Bestraften) hervorbringen."

„Zwar behauptet Feuerbach, daß der Staat nicht das Recht habe, denjenigen, welcher einmal ein Verbrechen verübt habe, darum zu strafen, weil er eine Besorgniß vor neuen Uebertretungen begründe; denn eine nur vermuthete (mithin ungewisse) Beleidigung könne nie zur Anwendung eines (gewissen) Zwangsmittels berechtigen, der Grund dieser Vermuthung möge in einem früher verübten Verbrechen, oder in andern Umständen liegen. Allein es ist einleuchtend, daß die Gerechtigkeit, wenn sie den bestraft, der selbst durch gesetzwidrige Handlungen die „gegründete" Besorgniß erweckt, er werde den Frieden der bürgerlichen Gesellschaft wiederholt stören, sich nicht dem gleichen Vorwurfe aussetzt, als wenn sie wegen bloßer Wahrscheinlichkeit, daß Jemand ein Verbrechen verübt habe, an dem er völlig unschuldig seyn kann, ein Uebel gegen denselben verhängen wollte."

„In jenem Falle ist nämlich der Grund der Strafe nichts Ungewisses, (wie Feuerbach meint) das künftige Verbrechen, sondern ein durchaus Gewisses — (nämlich) die Unsicherheit, welche entsteht, so oft Jemand an den Tag legt, daß ihm der Wille fehlt, die Rechte seiner Mitmenschen zu achten. Mit Unrecht behauptet Feuerbach, daß dieser Wille nicht dem Rechtsgesetze, sondern dem Gebiet der Moral angehöre. Denn, wenn gleich die Rechtslehre nicht, wie die Ethik, unmittelbar eine gewisse Gesinnung erfordert, von welcher die Handlungen nur die äussere Offenbarung sind: so muß sie doch eine Gesinnung, als Grundlage der Handlungsweise, worauf die rechtliche Ordnung beruht, verlangen. Da nämlich die menschlichen Handlungen nicht durch einen blinden Mechanismus, sondern durch eine vorhergehende Willensbestimmung hervorgebracht werden, so muß die Uebereinstimmung der Handlungen mit dem Rechtsgesetze auf dem Willen, seine Vorschriften zu halten, beruhen. Hiedurch wird nicht gerade verlangt, daß dieser Wille in der reinen Achtung des höchsten Gesetzes aller menschlichen Handlungen, von

welchem die Rechtsgesetze ein Theil sind, begründet sey. Wenn er auch nur aus der Ueberzeugung fließt, daß man sich am besten befinde, wenn man sich in den Gränzen der rechtlichen Ordnung halte, so ist schon der Friede der Gesellschaft gesichert."

„Allerdings muß man zugeben, daß im letzteren Falle der rechtliche Wille nicht so fest ist, als im ersteren, weil eine Verwickelung von Umständen eintreten kann, unter deren Herrschaft Mancher „seine Rechnung finden würde", wenn er die Rechtsgesetze überträte; allein darauf kann innerhalb der Gränzen der Rechtslehre keine Rücksicht genommen werden. So lange sich Jemand keinen Eingriff in die rechtliche Sicherheit erlaubt, muß man annehmen, daß er, sey es aus Tugend oder aus Eigennutz, den Willen habe, das Recht eines Jeden zu achten; und der Friede der Gesellschaft ist durch ihn nicht gestört. Uebertritt er aber das Gesetz, so giebt er durch die That einen Beweis, daß ihm der Wille fehle, der den Frieden der Gesellschaft bedingt. Dieser Wille muß also (da, wo er fehlt, und weil er hier fehlt), durch zweckmäßige Beweggründe hervorgebracht — psychologische Prävention, Besserungsstrafe —, oder das Vermögen ihm genommen werden, den Frieden der Gesellschaft zu stören — physische Prävention, Sicherheitsstrafe im eigentlichen Wortverstande (im Gegensatze der Abschreckungs- oder Besserungsstrafe im Sinne Grolman's)."

„Noch könnte man sagen, daß ein bloßes Sicherungsmittel nach dem, was oben eingeräumt worden, nicht das Wesentliche des Begriffs der Strafe enthalte. Da aber nicht von einem „besonderen Sicherungsmittel" die Rede ist, sondern nur davon, daß „das Strafübel", welches das Gesetz androht, zugleich „so eingerichtet" seyn muß, daß es die Gesellschaft gegen den einzelnen Verbrecher, der einmal den Frieden verletzt hat, sichert, so kann man demselben gern in seinem ganzen Umfange den Namen Strafe geben; und es würde nur Verwunderung hervorbringen, wenn man in dem angedrohten Uebel dasjenige absondern wollte, was den obigen Zweck bewirken soll. Ein solcher Versuch könnte um so weniger gelingen, da sich doch nicht mit mathematischer Gewißheit berechnen läßt, wie groß das Strafübel seyn müsse,

um (nach Feuerbach) den Reiz, mit dem die Begierde zum Verbrechen treibt, zu überwinden, und was (nach Grolman) zur Sicherung gegen den einzelnen Verbrecher zweckmäßig ist."

„Bei der Ausarbeitung einer Gesetzgebung wird es auch kaum von bedeutenden Folgen seyn, ob man „die reine Abschreckungstheorie" annimmt, oder mit ihr die Rücksicht auf Sicherung des Staats „gegen den einzelnen Verbrecher" verbindet. Indeß wird der Gesetzgeber, welcher zugleich den letzteren Gesichtspunct berücksichtigt, „in einzelnen Fällen sicherer gehen", als wenn er bloß beabsichtigt, von Verbrechen abzuschrecken. So kann es z. B. in mehreren Fällen klar seyn, daß der Staat sich nur durch lebenswierige Freiheitsberaubung gegen einen Verbrecher sichern kann, der entweder durch die innere Beschaffenheit des Verbrechens, oder durch wiederholte Verbrechen einen hohen Grad der Gefährlichkeit an den Tag legte, ohne daß es eben so klar ist, daß „die Abschreckung allein" ein so großes Strafübel erfordert. Auch hat Feuerbach (nämlich unter den subjectiven Prinzipen für den Maaßstab der Strafe) Sätze vorgetragen, die sich nicht durch die reine Abschreckungstheorie, sondern erst durch die Verbindung derselben, wozu wir (Oersted) uns bekennen, (nämlich mit der Präventionstheorie) rechtfertigen lassen."

„Allerdings erkennt auch Feuerbach Sicherung gegen den einzelnen Verbrecher als Zweck, aber nur als Nebenzweck der Strafgesetzgebung (d. h. der Strafe) an, was daher nur den Sinn hat, daß die Strafe, welche zur allgemeinen Abschreckung aufzufinden sey, zugleich, so viel möglich, so eingerichtet werden müsse, daß sie den wirklichen Verbrecher an neuen Angriffen auf die öffentliche Sicherheit hindere. Eine „Erhöhung" desjenigen Strafquantums, welches der erste Gesichtspunct erfordert, kann Feuerbach des zweiten wegen nicht einräumen."

Auf diese practischen Resultate seines Coalitionssystems hat Oersted auch in seiner Schrift: Prüfung des Baier'schen Strafentwurfs v. J. 1822, Vorrede S. VIII fg., aufmerksam gemacht — und, als gehörig instruirt, können wir jetzt hier abbrechen, und zur Prüfung dieses Systems übergehen.

§. 87.

Die Basis der Oerstedʼschen Theorie bildet hiernach der psychische Zwang, und dieser, wie überhaupt der Feuerbach'schen Ansichten, nahm er sich in seinem Schriftwechsel mit v. Gönner (im zweiten und dritten Bande seiner Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und Gesetzgebungswissenschaft) mit großer Lebhaftigkeit an, zog aber gegen seinen scharfsinnigeren und geistvolleren Gegner, der hier freilich mehr als derb war, häufig den Kürzeren. Aber noch nicht zufrieden, sich zum unbedingten Vertheidiger der psychischen Zwangstheorie aufzuwerfen, suchte er durch Vermittelung der Präventionstheorie dieselbe gar noch zu steigern, — obgleich die Prüfung des Feuerbach'schen Systems zur Genüge ergeben hat, daß es einer Steigerung hier gar nicht bedarf, weil die Strafen dieser Theorie schon ohnedieß gesteigert sind, d. h. über das Maaß der Verschuldung hinausreichen.

Aber, was kümmert sich der Vertheidiger des Nützlichkeitsprinzips darum? Selbst die lebenslängliche Zuchthausstrafe, die doch Grolman selbst nicht ohne Grauen nennt — selbst diese Strafe, also wohl auch die Todesstrafe, sollen ergänzend da eingreifen, wo die psychische Zwangstheorie zu ihrer Androhung nicht ausreichen würde. Und wie viele andere Sicherungsmittel, wie sie wirklich unter verschiedener Bezeichnung vorkommen, lassen sich nicht im Sinne dieses Coalitionssystems gesetzlich androhen, damit sie den Character einer Strafe erhalten, so sehr sie auch der psychischen Zwangstheorie widerstreiten. Vielleicht auch schwebte diese Coalition des Nützlichen mit dem Nützlichen den, bei Feuerbach's Theorie (§. 63) mitgetheilten Motiven zum württemb. Str.G.B. vor, und dann würde man den Terrorismus dieser Gesetzgebung noch besser begreifen können.

Daß Oersted, um zu seinem Ziele zu gelangen, das Fundament der Grolman'schen Theorie, also auch den von ihr angenommenen Zweck der Strafvollziehung (Unschädlichmachung des Verbrechers für die Zukunft) vertheidigen mußte, versteht sich von selbst; denn sonst hätte er nichts zu coaliren gehabt. Allein, sollte er sich dabei wohl klar gemacht haben, wie es

möglich sey, zwei besondere Zwecke der Strafe, von denen jeder zu einem andern Maaßstabe der Strafe führt, als coordinirte Prinzipe aufzustellen? Wenn z. B. die Abschreckungstheorie, wie Oersted annimmt, zu einer erhöhten Strafbarkeit des Affects, hingegen die Präventionstheorie zu der entgegengesetzten Beurtheilung führt, welches Prinzip soll hier den Ausschlag geben? Hierauf ist die Antwort: nicht ein Prinzip, sondern Oersted giebt den Ausschlag. Allein, was wird damit gewonnen? Ein anderer Coalitionsfreund könnte mit eben demselben Rechte den umgekehrten Ausschlag geben; ein Dritter könnte hier vermitteln wollen ꝛc. Kurz, man gelangt auf diesem Wege niemals zum Ziele.

Wir verlassen damit die Präventionstheorie, welche ihrer unverkennbaren Mängel ungeachtet, gleichwohl ein mannigfaches Interesse gewährt, und um so mehr einer ernsten und gründlichen Prüfung bedurfte, als dieselbe nicht nur schwierig in ihrer Beurtheilung ist, sondern auch noch jetzt vielfach mißdeutet und verkannt wird. Hätte man nur die Wahl zwischen Grolman's oder Feuerbach's Theorie, so müßte man sich, vom rechtlichen Standpuncte aus, entschieden für die erstere, und gegen die letztere erklären.

3) Die Besserungstheorie.

§. 88.

Einleitung.

Schon bei Fichte's, dann auch bei Grolman's System des Strafrechts war von dem Prinzipe der juridischen (politischen) Besserung, im Gegensatze des, bei den Vergeltungstheorieen besprochenen Prinzips der moralischen Besserung, vielfach die Rede. Allein sowohl die Beurtheilung dieses, als jenes Systems hat ergeben, daß es sich bei beiden nicht von einer consequenten Durchführung dieses Prinzips handelt.

Fichte unterscheidet nämlich nach Beschaffenheit theils des Motivs des Uebertreters, d. h. je nachdem derselbe einen materiell oder nur formell bösen Willen hat, theils nach Beschaffenheit der Handlung an sich, d. h. sofern es sich von öffentlichen, von Amtswegen zu ahndenden Verbrechen handelt, verschiedene Classen

von Strafen und Zwangsmitteln, nämlich Abschreckungsstrafen, Besserungsstrafen, und polizeiliche Sicherungsmaßregeln, zu welchen letzteren Hinrichtungen und Landesverweisungen gehören. Hiernach sind nicht alle Strafen auf juridische Besserung des Verbrechers berechnet, sondern nur ein Theil derselben, nämlich diejenigen, welche gegen den formell bösen Willen gerichtet sind, während Verbrechen, die aus materiell bösem Willen hervorgehen, Abschreckungsstrafen zur Folge haben sollen. Beide Arten von Strafen haben ihren Grund in einem fingirten Abbüßungsvertrage, und neben denselben bestehen, aber nicht als Strafen, sondern als polizeiliche Sicherungsmittel, (geheime) Hinrichtungen und Landesverweisung. Hieraus ergiebt sich, daß je nach Beschaffenheit des Verbrechens und des demselben zu Grunde liegenden Motivs, bald das Prinzip der Besserung, bald das der Abschreckung, bald das der (polizeilichen) Prävention entscheidet, mithin Fichte nur theilweise zu den Vertheidigern des erst genannten Prinzips gehört.

Eben so wenig gehört Grolman zu den Anhängern des consequent durchgeführten juridischen Besserungsprinzips. Denn theils sind ihm Abschreckung durch die Strafvollziehung und juridische Besserung gleichbedeutende Begriffe (obwohl schon Fichte sehr richtig bemerkt hat, daß es zur Erwirkung der letzteren mehr als des bloßen Erleidens der Strafe bedürfe, nämlich einer psychologischen Einwirkung auf das Individuum); theils läßt Grolman, ähnlich wie Fichte, auffer den Besserungs-, d. h. Abschreckungsstrafen, noch andere Strafen zu, welche mit dem Prinzipe der juridischen Besserung unvereinbar sind, nämlich absolute Sicherungsstrafen, die ihm gleichfalls aus dem Präventionszwange herfließen; theils endlich macht er, selbst bei den Besserungs-, d. h. Abschreckungsstrafen die Größe (Quantität) derselben nicht von dem Prinzipe der Besserung im eigentlichen Sinne, sondern von dem der (Spezial-) Abschreckung abhängig; mit andern Worten: er verlangt nicht sowohl die Anwendung von „Besserungsmitteln", als vielmehr von empfindlichen Uebeln, deren Erinnerung dem verbrecherischen Reize, falls derselbe später wieder zum Auftauchen kommen sollte, entgegen zu wirken ge-

eignet ist. Insofern gehört auch Grolman's Theorie nicht in diese Kategorie der Strafrechtssysteme.

Noch weniger gilt dieß von Feuerbach's Theorie, welche sogar die Abschreckung durch das Strafgesetz (durch die bloße Drohung der Strafe) für gleichbedeutend mit juridischer Besserung erklärt. Aber man ersieht daraus, wie leicht sich Jemand bessern kann, und wird zugleich, wenn diese Besserung auch politische Besserung genannt wird, daran erinnert, wie die älteren Rechtsphilosophen, noch nicht zufrieden damit, Moral und Recht einander entgegen zu setzen, letzteres gar noch mit der „Politik" identificiren, und damit einen Gegensatz von Moral und Politik gewinnen, wie solcher auch auf dem Gebiete der Nützlichkeitssysteme, d. h. derjenigen relativen Systeme, welche den Maaßstab der Strafe aus einem besondern oder Mittelzweck der Strafe ableiten, vorherrschend hervortritt.

Nimmt man indeß an, schon die Abschreckung durch das Strafgesetz sey juridische Besserung, und soll auch die Abschreckung durch das Erleiden der Strafe juridische Besserung seyn: so würde Grolman's System, welches zugleich auf Generalprävention durch das Strafgesetz und auf Spezialprävention beruht, ein ausserordentlich wirksames juridisches Besserungssystem seyn, wenigstens in der Idee. Der Strafgesetzgeber und der Richter wären hiernach die besten Volkserzieher.

Endlich wird es nach der zu Henke's und Möhl's Theorieen gegebenen Ausführung nur einer kurzen Erinnerung daran bedürfen, daß die dort besprochene moralische Besserung des Verbrechers nicht Mittel- oder besonderer Zweck der Strafe ist, sondern die Eigenschaft eines, bei der Incommensurabilität der inneren Schuld unentbehrlichen, vermittelnden Prinzips für den Maaßstab der Strafe hat. Jene Theorieen, deren Fundament überhaupt ein ganz anderes ist, als das der relativen Strafrechtssysteme, mußten daher schon in die erste Abtheilung verwiesen werden.

Nach Ausscheidung aller dieser nicht hieher gehörigen Theorieen haben wir nunmehr das Besserungssystem als selbstständige Theorie zu betrachten. Es zerfällt in das System der juridischen Besserung, als dessen Repräsentant Stelzer bezeichnet wer-

den kann, und in die deterministischen Systeme, die freilich auf einem völlig verschiedenen Fundamente beruhen, aber gleichfalls, nur nicht gerade juridische, Besserung des Verbrechers zum Schutze des Staats bezwecken.

§. 89.

a. Die juridische Besserungstheorie Stelzer's.

Dieser Schriftsteller argumentirt in seiner Kritik des v. Eggers'schen Entwurfs eines Str.G.B. für die Herzogth. Schleswig und Holstein, Altona 1811 S. 4—24 (früher schon in seinen Grundsätzen des peinlichen Rechts, Erfurt 1790) folgendermaßen:

„Die Kritik soll sich nicht mit dem, der Talion huldigenden Stumpfsinn der Vorzeit befassen, wenn gleich einige Aftergenies unserer Zeit ihr wieder wohlwollen. Eben so wenig soll sie sich an der flüchtigen Idee üben, daß die Strafe nur den Zweck habe, dem Gesetz Auctorität zu verschaffen, indem jeder die Wahrheit des umgekehrten Satzes fühlt; noch an der Ansicht derer, welche den Zweck der Strafe darin setzen, das Publicum von gleichen Verbrechen abzuschrecken, oder, wie Grolman will, wenigstens den Verbrecher. Denn dieß heißt: den Menschen zum Mittel für den Zweck Anderer bestimmen, und den Staat über Sklaven regieren lassen, d. h. über Menschen, die sich nur von der gegenwärtig nothwendigen Furcht vor dem Strafgesetze zügeln lassen, aber mit voller Sinneskraft für jede Missethat dieser hastig entgegen gehen, so oft sie sich vor Wahrnehmung und Entdeckung sicher halten. Dann wäre tyrannische Größe, die noch niemals nützlich wirkte, das sicherste, besonders wenn man die Staatsgewalt hinsichtlich des Strafmaaßes ganz ihrer Willkür überläßt."

„Zweck der Strafe kann kein anderer seyn, als den Verbrecher zu bessern, damit er, aus seiner Gesinnung selbst, der allgemeinen Sicherheit nicht weiter schädlich sey. Freilich kann hier der Staat nur an juridische Besserung denken, und dieß haben die neueren Criminalisten zugegeben. Nur suchen sie die juridische Besserung (schon oder bloß) in dem erregten sinnlichen Gefühl der Furcht vor Strafe. Es ist klar, daß sie im Begriffe

selbst irren. Juridische Besserung ist die Beförderung der Rechtlichkeit, oder der rechtlichen Gesinnung des Menschen für die Aussenwelt; oder der Zustand einer solchen Gesinnung. Ob der Mensch dieß zunächst als eine innere Pflicht gegen sich selbst, oder als eine äussere Pflicht und vollkommene Verbindlichkeit, als ein Sollen, oder als ein Müssen, anerkenne; ob er sich dieß a priori, als absolute Nothwendigkeit, denke, oder nur den Glauben habe, daß der Staat nichts fordern werde, was nicht vernunftmäßig sey — das ist diesem gleich, wenn gleich er das Bessere wünschen muß. Will man aber den Begriff vom Moralischen, als etwas vom Willensvermögen und den obern Sinnen Abhängiges, dem Physischen entgegensetzen: dann wäre auch jene Furchtsklaverei eine moralische Besserung."

„Zwar hat Klein gegen diese Ansicht eingewendet: der Staat sey kein Zuchtmeister; er meinte: Erzieher. Allein, wenn man sich den Richter in der höchsten Gewalt selbst denkt, so ist er allerdings Erzieher, und soll es seyn. Denn die Staatsgewalt hat die ewige, unabläßige Pflicht der bürgerlichen Ausbildung in Beziehung auf alle ihre Unterthanen. Eben so ungegründet ist der von der Todesstrafe, und von der Bestrafung der Ausländer entlehnte Einwand. Was zunächst den letzten Punct betrifft, so kann es sich nur von Bestrafung solcher Ausländer handeln, welche, und so lange sie sich in einem fremden Staatsgebiete aufhalten. Ist aber diese Voraussetzung vorhanden, betritt also Jemand die Gränzen eines fremden Staats, so unterwirft er sich dessen temporärer Gewalt, muß es sich daher auch gefallen lassen, zu den Zwecken dieses Staats bestimmt zu werden, und den Mitteln unterworfen zu seyn, welche zu diesem Zweck führen. Er muß es sich daher auch gefallen lassen, daß der Staat seine Gesinnung forme, wie es der allgemeine Zweck fordert, damit er, wenn er fortfährt im Staate zu seyn, oder seinen unterbrochenen Aufenthalt wiederholt, theils selbst vom Staat aufgenommen und geschützt werden könne, theils Andern nicht gefährlich sey. Von „Gewißheit" der Strafwirkung kann hier so wenig die Rede seyn, als bei der gesuchten Abschreckung; und das Zwangsrecht, wovon die Strafe ausgeht, äussert sich

nicht, um eine Aenderung der Gesinnung, welcher Art sie auch sey, zu erzwingen, sondern um das Subject zu zwingen, die Mittel gegen sich anwenden zu lassen, von welchen man jene Wirkung hoffen darf."

„Auch die so genannte Todesstrafe steht nicht im Wege, weil sie keine Strafe, sondern ein „nothwendiges Sicherungsmittel" ist, welches Niemanden bessern soll, sondern den Menschen als so gefährlich betrachtet, daß er getödtet werden muß, weil in Absicht seiner, sowohl für ihn selbst, als für Andere, „nach dem Gesetze der äussersten Wahrscheinlichkeit" keine Sicherheit weiter gefunden werden kann. Darum sollte die Todesstrafe lieber gerichtliche Tödtung genannt werden, und der Staat hat nicht nur ein Recht dazu, dieselbe anzuwenden, sondern er ist durch moralische Nothwendigkeit dazu verpflichtet; er versündigt sich gegen sich selbst, wenn er sie verwirft."

„Steht auf diese Weise die gerichtliche Tödtung (bei welcher Stelzer aber nur Mörder und Hochverräther im Auge hat) dem angenommenen Zweck der Strafe, nämlich der juridischen Besserung, nicht entgegen: so ist es eben so wenig widersprechend, mögliche, in der Strafe gelegene Nebenwirkungen, sofern sie dem Rechte nicht widerstreiten, als Nebenzwecke zu benutzen. Der erste Zweck dieser Art, welcher sich darbietet, ist der des öffentlichen Beispiels und der allgemeinen Versinnlichung der Schändlichkeit des Verbrechens, der Heiligkeit der Gesetze und der Nothwendigkeit einer unerschütterlichen Sicherheit Aller. Kein Rechtsgesetz steht ihm entgegen. Denn, indem die Strafe den Verbrecher als Zweck gebraucht, um ihn zu seiner eigenen Sicherheit und Glückseligkeit überhaupt zu bessern, und dadurch zu erhalten, so wird er selbst das Mittel zu andern Zwecken, und so wird dem Rechte nicht widersprochen, das seine Urwürde, sein Menschseyn gründet. Ja, das Rechtsgesetz bestätigt sogar positiv diesen Nebenzweck. Denn die höchste Gewalt ist aus dem Grundvertrage des Staats zu strafen verpflichtet. Ihre Verpflichtung zur Besserung kann man (daher) in den allgemeinen Satz fassen, daß sie verpflichtet ist, Alles zu thun, was die Sicherheit Aller unmittelbar oder mittelbar fordert. Der Berechtigte kann (nun

aber) fordern, daß die Erfüllung aller aus seinem Rechte folgenden Verbindlichkeiten zu seiner Wissenschaft gebracht werde. Daher kann jeder Bürger auch fordern, daß Strafen öffentlich vollzogen werden, wenn nicht die Politik Gründe zu Ausnahmen in den Weg legt. Ueberhaupt wird das unumgänglich nothwendige Vertrauen des Volks zu der Rechtlichkeit und Unpartheilichkeit des Regenten erhöht, wenn die Strafen öffentlich vollzogen werden, (und überhaupt die Strafrechtspflege, als im Interesse der Gesammtheit ausgeübt, eine öffentliche ist)."

„Ferner läßt sich nur vom Standpuncte der juridischen Besserung die Verjährung der Verbrechen rechtfertigen. Denn wie kann der bloße Zeitlauf entscheiden? Und wenn man insbesondere Abschreckung als Zweck der Strafe im Auge hat, wie soll da eine Verjährung auf die Strafbarkeit einwirken können? Der Verbrecher hat nach diesem Grundsatz durch die verbrecherische That selbst einmal die „rechtliche" Bestimmung erhalten, nothwendig als ein Mittel gebraucht zu werden, Andere im Erleiden der Strafe zu schrecken, und selbst ein Sklave der Furcht zu werden."

Diese Ansicht von der Strafe, d. h. als nächster Zweck derselben: juridische Besserung (abgesehen von den nothwendigen Sicherungsmitteln, zu welchen auch die Landesräumung gezählt wird), und als Nebenzweck: öffentliches Beispiel, findet Stelzer auch in dem Eggers'schen Entwurfe ausgesprochen, und billigt es namentlich, daß in demselben alle körperliche Züchtigung verworfen ist, und der Verbrecher durchaus in den Strafanstalten beschäftigt werden soll. „Wollte man, fährt er fort, nur Furcht vor Strafen erwecken, so möchten körperliche Züchtigungsstrafen sehr vorzuziehen seyn. Sie erschüttern selbst den rohesten Menschen heftig durch Leiden, welche die Einbildungskraft nicht erst zur Vorstellung zu erheben braucht. Empfindung und Vorstellung sind hier unmittelbar an einander geknüpft. Aber es ist eine richtige psychologische Beobachtung, daß der heftigste Schmerz, so sehr er physisch empfunden wird, weniger auf das Vorstellungsvermögen wirkt, als sinnliche Gefühle, welche durch psychische Reize hervorgebracht werden, und dieß ist auch leicht erklärbar. Daher kann nur die Strafe bessern, welche eine ausdauernde

Vorstellung erwecken, erhalten, und zur herrschenden erheben kann, damit diese zuletzt die Ursache des Strafleidens als eine verwandte Vorstellung mit sich verbinde, und beides die Vorstellung der nothwendigen Gesetzmäßigkeit im Handeln lebendig und stark werden lasse, und alle Sinnentäuschung vernichte. Dieß kann nicht anders erreicht werden, als wenn das Strafübel selbst nicht schnell vorübergehend ist, die Einbildungskraft beschäftigt, und eine fortdauernde Beschädigung zurückläßt, wenn diese auch nur in dem Entbehren eines Vortheils, als Strafe um des Verbrechens wegen, besteht. Nur darf die positive Beschädigung nicht von der Art seyn, daß sie den Verbrecher nothwendig verleitet, sein Heil in neuen Verbrechen zu suchen, noch darf die Beschädigung durch Mittel herbeigeführt werden, welche den Verbrecher unfähig machen, sich ehrlicherweise zu ernähren. Hiernach ist unstreitig keine Strafe zweckmäßiger als die Zuchthaus- und Festungsstrafe, welche auch, abgesehen von dem nicht immer scharf eingehaltenen Scheidewege zwischen Strafen und Sicherungsmitteln, die einzigen Strafarten sind, die der Eggers'sche Entwurf zuläßt."

„Das Maaß der Strafe (a. a. O. S. 30 fg.) muß, wenn man von dem bisher entwickelten, einzig denkbaren Strafzweck ausgeht, stets der größeren oder minderen Schlechtigkeit der Gesinnung des Verbrechers angemessen seyn, oder diese muß den Maaßstab der Strafe enthalten, weil sie (allein) die Quantität des Verbrechens angiebt, und die objective Quantität nur zur Demonstration der subjectiven dient. Denn, je gefährlicher oder je weniger gefährlich der Zustand der Gesinnung ist, d. h. je mehr oder je weniger in dem Subjecte die abmahnende Vorstellung der Rechtswidrigkeit durch ein widersprechendes Spiel der Sinne verdrängt ist, desto größerer oder geringerer Reiz muß angewendet werden, um jene Vorstellung wieder zur herrschenden zu erheben. Dieser Reiz ist in der Strafe enthalten, und die Rechtlichkeit ihres Maaßstabes hängt einzig davon ab, daß dem Verbrecher kein größeres Uebel zugefügt werde, als erforderlich ist, um den Verbrecher in den Sinnenstand zu versetzen, von welchem der Staat weiter nichts zu fürchten hat. Dieß ist in

allen Systemen des Criminalrechts anerkannt, wiewohl oftmals ohne alle Consequenz, weil man falsche Strafzwecke sich vorstellte, und von keinem festen, durchaus haltbaren Prinzipe ausging. Grolman hat das Ueberflüßige einer Unterscheidung zwischen objectiver und subjectiver Größe der Verbrechen dargethan, da die letztere, woran sich einzig alle Zurechnung zur Strafe hält, von der ersteren nur demonstrirt wird."

„Kein Beispiel macht dieß anschaulicher, als der allgemein anerkannte Unterschied zwischen der Strafe des Mordes und des Todschlags, wenn man gleich noch vielfach geneigt ist, mit der Strafe des letzteren zu hoch hinaus zu gehen. Aber auch der Fall, wenn sich Jemand absichtlich trunken macht, um in diesem Zustande ein vorher beschlossenes Verbrechen um so gewisser zu begehen, wird vielfach unrichtig beurtheilt. Was heißt, wie sich der Eggers'sche Entwurf ausdrückt, seine Besonnenheit zerstören, um sich die Begehung eines Mordes zu erleichtern, wohl anders als: sich in den Stand der Unbesonnenheit setzen, weil man nicht Muth genug hat, das Verbrechen mit Besonnenheit zu begehen? Dann aber ist die Gesinnung bei weitem nicht so gefährlich, als wenn sie den Menschen bei aller Besonnenheit zur That bestimmte. Ist daher hier wohl (im Wesentlichen) ein anderer Unterschied, als zwischen der Gesinnung, welche nur zum Todtschlag, oder aber zum Morde fähig macht? Der Todtschläger tödtet ohne Besonnenheit, im leidenschaftlichen augenblicklichen Reiz, ohne welchen er das Verbrechen nicht begangen haben würde. Dort erscheint ein Mensch, dessen Neigung zur Uebelthat immer eine widersprechende Vorstellung überwindet, den aber endlich eine Art von Verzweiflung über sich selbst bestimmt, einmal sein Heil in der Trunkenheit zu suchen. Er verdient immer nur höchstens die Strafe, welche der ordentlichen am nächsten kommt."

„Hingegen Gesetzesunkunde (error juris) kann vom Standpuncte dieser Theorie nicht als ein, die Strafbarkeit minderndes Moment anerkannt werden. Denn es ist eine falsche Ansicht (Feuerbach's), daß das Strafgesetz erst das Verbrechen gründe — umgekehrt das Verbrechen veranlaßt das Gesetz — und daß deß-

halb zum Vorsatz, auſſer der Absicht zur That, das Wiſſen, daß ſie im Geſetzbuche verboten ſey, erfordert werde. Wer ſich das Verbrechen ohne poſitives Geſetz (ohne Kenntniß deſſelben) vorſtellen, mithin nicht zweifeln kann, daß ein darauf ſich beziehendes Strafgeſetz vorhanden ſey, handelt offenbar mit Vorsatz. Wenn dagegen das Verbrechen nur durch eine ſchärfere Politik dekretirt wurde, wenn zwar die reine Vernunft es anerkennt, oder auch nicht anerkennt, aber der gemeine ſchlichte Menſchenverſtand es ſich nicht vorſtellen kann, wenn populärer Religionsunterricht und moraliſche Bildung das Verbrechen nicht offenbar machen: ſo muß alle Zurechnung aufhören."

„Geht hingegen dem (vorſätzlich handelnden) Verbrecher nur Kenntniß der geſetzlichen Strafe (ihrer Qualität oder Quantität nach) ab, ſo hat er immer aus Vorſatz verbrochen. An ein Abwiegen von Vortheil und Nachtheil gegen einander, wie Feuerbach annimmt, iſt bei dem zum Verbrechen Entſchloſſenen nicht zu denken. Der vollendete Verbrecher ſieht nur die glänzende Seite des Verbrechens; er ſieht nicht dieſes ſelbſt, ſondern nur Erweiterung ſeiner Vortheile. Geſetz und Strafleiden kommen bei ihm gar nicht zur lebendigen Vorſtellung. Daher die häufigen Entſchuldigungsgründe geübter Verbrecher: „es iſt, als wenn ich es nicht laſſen konnte", und des erſten, durch Leidenſchaft beſtimmten Verbrechers: „ich weiß nicht, wie ich dazu gekommen bin" — „ich habe es gewiß nicht gewollt" — „der Böſe hat mich regiert" — „es hat ſo ſeyn müſſen". Kommt auch eine augenblicklich deutliche Vorſtellung von Geſetz und Strafe, ſo wird ſie nur im Allgemeinen, nicht nach vergleichenden Quantitäten gebildet. Jenes Gemeinbild erliſcht eben ſo ſchnell wieder in dem gegenwirkenden, Vortheil bringenden Gebilde der Einbildungskraft. Wer, auch ohne pſychologiſchen Scharfblick, das Sinnenwerk der Menſchen nur einigermaßen durchdacht hat, wird etwas Anderes nicht finden können. Geht man dagegen auf den (richtigen) Strafzweck zurück, und findet man in der Strafe das Mittel, den Verbrecher zu einer juridiſch beſſeren Geſinnung zu bringen, um auf der einen Seite die Rechtsfreiheit Aller zu erhalten, und auf der andern Seite den Verbrecher ſelbſt von

der Ausschließung zu retten: so muß der Staat dasjenige Strafmittel gebrauchen, welches er in dem concreten Falle als nothwendig, und darum als rechtlich gefunden hat — ohne darauf sehen zu können, ob sich der Verbrecher das Strafübel in seiner Quantität vorstellte, ehe er das Verbrechen beging, oder aber nicht."

„Aber eine rechtliche Vermuthung des Vorsatzes zum Verbrechen (praesumtio doli) kann diese Theorie nicht anerkennen, weil es ihrem Prinzipe widerspricht, sich zum Theilnehmer der Sünde Grolman's, auch Feuerbach's und der neuen Criminal-Ordnung Preußens (später auch des Baier'schen Str.G.B.) zu machen. Dieser unbedingten Thesis müßte bei einiger Ungewandtheit des Richters, ein unschuldiges, oder doch minder schuldiges Schlachtopfer nach dem andern verfallen, und dadurch das Strafrecht um viele Jahrhunderte — ja bis zu den Zeiten Nero's und Galba's — zurückgeführt werden. Selbst die Gesetze der Chinesen, dieser sonst so unbeschreiblichen Barbaren, sind in dieser Beziehung besser."

„Auch über das Verhältniß des vollendeten zum versuchten Verbrechen ist viel Streit, und der Eggers'sche Entwurf, welcher hier der Feuerbach'schen Ansicht folgt, ist von seinem Standpuncte inconsequent. Klein unterschied zuerst das geendete von dem vollendeten Verbrechen (die Neueren genauer: beendigter Versuch, und vollendetes Verbrechen, wo dann aber, statt delictum perfectum, richtiger conatus perfectus zu sagen wäre). Geendet nennt er das Verbrechen, wenn zwar die vom Gesetz angenommene Rechtsverletzung nicht wirklich geworden ist, aber der Verbrecher von seiner Seite Alles gethan hat, was zu jener Verwirklichung gehört. Diese Ansicht der That gewährt also die volle Ueberzeugung, daß der Verbrecher in demjenigen Sinnenzustande sey, welcher dem Staat so gefährlich ist, als es im Gesetze vorausgesetzt wurde. Gleichwohl soll der Verbrecher hier minder strafbar seyn, als dort. Hat man dabei etwa an Exemplification gedacht? Diese kann immer nur Nebenzweck seyn; ihre Rechtlichkeit wird einzig durch die Rechtlichkeit des Hauptzwecks bedingt. Oder will man zu Fichte's Strafcontract sich

die stillschweigende Bedingung: „wenn es glücken sollte" hinzu denken? Hat man die Mosaische Talion, Auge um Auge, Zahn um Zahn, im Auge? Oder will man blindlings einen Satz bestätigen, der die Sicherheit des Staats offenbar angreift? Dann kann die Rechtlichkeit der Strafe nicht in einem Vernunftprinzipe gesucht werden, sondern hängt lediglich vom Zufall ab. Der Verbrecher — so lautete der Satz, — welcher sein Schlachtopfer gut trifft, muß sterben; wer es schlecht trifft, mag leben, auch wenn er dem Staate weit furchtbarer ist, als jener. Allein der Staat straft den Verbrecher nicht, weil er einen Schaden gestiftet hat, sondern, weil der erwiesene Zustand seiner Gesinnung dem Staate gefährlich ist. Wie kann sich da der Zufall, (z. B. ob die Kugel gar nicht, oder nicht tödtlich getroffen hat) einmischen? Wie will man hier gleichsam zwischen innerer und äusserer Vollendung unterscheiden? Vielmehr muß die Strafe in beiden Fällen die gleiche seyn, wofern nicht ein hoher Grad der Sinnenverwirrung vorliegt, wie z. B. wenn eine Mutter nicht sieht, daß ihr neugebornes Kind schon todt ist, oder wenn das in Leidenschaft aufbrausende Subject nicht mehr seines Gewehrs Unfähigkeit zur Tödtung beurtheilen kann, oder wenn es selbst nicht mehr die Kraft hat, den gerade vor ihm stehenden Gegner zu treffen ꝛc. In diesen Fällen, welche einen hohen Grad der Sinnenverwirrung darlegen, könnte nur auf die, der ordentlichen zunächst folgende Strafe erkannt werden".

„Was den Anstifter (intellektuellen Urheber) betrifft, so widerspricht sich die gemeine Meinung, wenn sie zur ordentlichen Strafe unbedingt objective Vollendung des Verbrechens erfordert, und gleichwohl den Anstifter mit der gleichen Strafe bedroht. Jedenfalls kann er nur gewagt demjenigen gleichgeachtet werden, welcher alle physische Kraft verwendete, um das formale Daseyn des Verbrechens zu fördern. Hiezu kommt noch insbesondere, daß man, vom Standpuncte des Besserungsprinzips, über den Zustand seiner Gesinnung bis zum Momente der vollendeten That nicht gewiß ist, er möchte denn durch örtliche Verhältnisse in den Stand gesetzt seyn, die Vollbringung des Auftrags augenblicklich zu verhindern. Thut er dieß unter solchen Umständen nicht, so

giebt er dadurch seine unwandelbare Beharrlichkeit zu, verdient daher die gleiche Strafe mit dem Thäter; im Uebrigen nicht, zumal er größtentheils durch Furcht und Muthlosigkeit, das Verbrechen selbst zu vollziehen, eine weniger gefährliche Gesinnung darlegt. Zwar ist er schon für sich höchst gefährlich, und erzieht zugleich Verbrecher. Allein, wenn der Angestiftete das Verbrechen nicht vollzog, oder wenn keine Zeit zur Verübung desselben bestimmt war, welche der Anstifter, ohne zu widerrufen, ruhig vorübergehen ließ, oder wenn er unvermögend des Widerrufs war — so kann der Anstifter, auch dann, wenn das Verbrechen vollendet wurde, nicht die ordentliche Strafe, sondern nur, im äussersten Falle, die nächstfolgende erleiden, wenn nicht ein unverdächtiges Bekenntniß alle Bedenken hebt. Denn sonst ist man von der Ausdauer seiner schädlichen Gesinnung, folglich von der Gefährlichkeit derselben, so wie das Gesetz sie voraussetzen muß, nicht überzeugt."

„Die Complottanten als Miturheber zu bestrafen, ist eben so unzulässig. Sollen diejenigen, welche sich nur zu entfernter Hülfeleistung, z. B. zur Beherbergung der Verbrecher, zum Botengeschäft, oder zu ähnlichen entfernten Dienstleistungen, während oder nach der That, vertragsmäßig verbinden, als Miturheber bestraft werden: so wäre dieß theils dem Gesetze der Zurechnung zuwider, theils stände es im Widerspruch mit den anerkannten Grundsätzen über die Bestrafung vorsätzlicher Hülfeleistung, welche, geschieden von der Begünstigung, sich ohne ein ausdrückliches Vertragsverhältniß gar nicht denken läßt. Namentlich aber fragt man, wie nach dem Prinzipe der Besserung derjenige, welcher sich zur Vollendung der That anheischig machte, aber an der Ausübung derselben keinen Theil nahm, dem gleich bestraft werden sollte, der die That wirklich verübte? Denn wie kann man, wenn er von der That zurücktritt, von derjenigen Schlechtigkeit seiner Gesinnung überzeugt seyn, die der Gesetzgeber voraussetzt? Ueberhaupt ist, abgesehen von dem Rädelsführer (Anstifter des Complotts), nicht einzusehen, wie Verbündung zu einem einzelnen Verbrechen die Zurechnung erhöhen sollte. Denn, wenn auch gemeinschaftlicher Sinn planmäßig nach längerer Ueberlegung das Ver-

brechen beschloß, und dieß die Zurechnung zu erhöhen scheint: so zeigt auf der andern Seite die Feigheit, dieses oder ein ähnliches Verbrechen auf eigne Gefahr zu übernehmen, eine weniger schädliche Gesinnung, und mindert dadurch Zurechnung und Strafe. Außerdem ist, da Complotte nicht von ungefähr — durch bloß übereinstimmende Gesinnung, oder durch ein gleichzeitiges gegenseitiges Suchen — entstehen, immer Einer der Verführer, und die Andern treten durch die Verführung in ein milderes Licht. Der Rädelsführer dagegen verdirbt die Gesinnungen Anderer; er allein denkt darauf, eine unwiderstehliche Kraft zu schaffen, die seiner Willkür unbedingten Spielraum giebt. Doch darf man mit dem bloßen Complott nicht die Bande verwechseln, bei welcher sich allerdings strengere Grundsätze rechtfertigen lassen."

„Auch der unentbehrliche Gehülfe (Hauptgehülfe) kann nicht mit der gleichen Strafe, wie der Urheber belegt werden, sondern immer nur mit derjenigen, welche der ordentlichen Strafe des letzteren zunächst steht. (Denn die Gesinnung des Urhebers, von welchem Entschluß, Vorbereitung, Ausführung und Dingen fremder Hülfe — also Verführung — ausgehen, ist schlimmer, als die des Gehülfen, welcher nur ein, von einem Andern beschlossenes Verbrechen unterstützt. Zwar wäre ohne den Beistand des Hauptgehülfen das Verbrechen nicht vollführt worden. Allein abgesehen davon, daß diese Voraussetzung nicht immer gegründet ist, so wird vom Standpuncte des Besserungsprinzips der Verbrecher nicht wegen des Schadens gestraft, den er angestiftet hat, sondern weil der erwiesene Zustand seiner Gesinnung dem Staat gefährlich ist. Der Gehülfe, selbst der Hauptgehülfe, zeigt aber, wenn er nicht gewerbsmäßigen Beistand leistet, eine geringere Gefährlichkeit als der Urheber, weil er nicht selbstständig beschließt und handelt, und zwar wohl ein Urheber ohne Gehülfe, nicht aber umgekehrt ein Gehülfe ohne Urheber gedacht werden kann. Wie sehr nach Steltzers richtiger Bemerkung die gemeine Meinung fehlt, wenn sie die Complottanten viel strenger beurtheilt, als die doch auch vertragsmäßige, und objectiv eben so gefährliche Verbindung des Urhebers mit den Gehülfen, ist einleuchtend. Wenn z. B. vier Personen ein Mordcomplott eingehen, so werden sie, auch wenn einer oder

zwei von ihnen an der Ausführung selbst keinen Theil genommen haben, sämmtlich mit der Todesstrafe belegt, während, wenn es ein Urheber mit drei Gehülfen ist, nur den Urheber und den Hauptgehülfen bei der That, also, wenn Niemand eine solche Hülfe geleistet hat, jenen allein die Todesstrafe trifft. Und weshalb? Dort, sagt man, ist gemeinschaftliches Interesse, hier nicht; dort größere Prämeditation als hier. Allein diese subjectiven Gründe einer erhöhten Strafbarkeit sind völlig verfehlt. Denn wie sollte das gemeinschaftliche Interesse eine so unerhörte Steigerung der Strafe bewirken können? Und wie will man beweisen, daß zu einem Complott von vier Personen mehr Zeit und Vorbereitung erfordert werde, als zu einem Dingen von drei Gehülfen? Schade, daß Steltzer hier nicht in gewohnter Weise das Feuerbach'sche Prinzip der gegenseitigen Anstiftung — man möchte sagen: Ansteckung, Infection — der Complottanten, worauf allein die ganze Unterscheidung beruht, mit scharfen Waffen angegriffen hat).

„Daß Nothwehr, Nothstand, Geisteskrankheiten, vorübergehende Simnenverwirrung ꝛc. alle Zurechnung ausschließen, ist vom Standpuncte des Besserungsprinzips einleuchtend. Denn hier giebt es keine, der Besserung bedürftige, oder auch nur fähige, gefährliche Gesinnung. Aber schlimm stände es mit der Nothwehr, wenn Grolman's und Feuerbach's Grundsätze über Präsumtion des Dolus gegründet wären, weil die Nothwehr in der Regel so bedingt ist, daß keine Zeugen zugegen sind; und ebenfalls schlimm stände es um die Ehre des Menschen, wenn zu ihrer Vertheidigung keine Nothwehr zulässig wäre, worüber Feuerbach ohne weitere Untersuchung abgesprochen, und viele Nachbeter verleitet hat. Soll ich z. B. denjenigen, welcher droht, meine Schande aus dem Fenster, zur Notiz des ganzen Publikums, auszuschreien, ruhig schreien lassen?"

„Milderungsgründe der Strafe (a. a. O. S. 108 fg.) können sich nach dieser Theorie nur auf die verminderte, wie umgekehrt Schärfungsgründe der Strafe nur auf die erhöhte Gefährlichkeit des Verbrechers beziehen. Eine Eintheilung derselben in äussere (objective) und innere (subjective) giebt es daher nicht. Unter

den Milderungsgründen ist besonders die Reue, als vielfach bestritten, hervorzuheben."

„Wenn aller Strafzweck darin liegt, daß die gefährliche Gesinnung des Verbrechers geändert werde, so kann keine Strafe statt finden, wenn bewiesen wird, daß die Gesinnung des Verbrechers nur gefährlich schien, oder gefährlich war, es aber jetzt nicht sey. Sonst würde der Verbrecher das Spielwerk einer unrechtmäßigen Willkür, oder, als Mittel zum Zweck, als Sache behandelt. Der vollkommenste Beweis einer solchen Sinnesänderung, oder eines verkannten unschädlichen Zustandes der Gesinnung ist „wahre" Reue. Was sie sey, ist an sich klar; aber es fragt sich, woran der Richter sie erkennen könne, ohne Gefahr zu laufen, sich an dem Staat zu versündigen?"

„Die Wahrheit der Reue kann nicht anders erkannt werden, als wenn der Verbrecher „Handlungen" äussert, aus welchen sie „nothwendig" gefolgert werden muß. Diese Nothwendigkeit hängt theils von der Art der Handlung, theils von Zeit und Bedingung ihrer Aeusserung ab. Handlungen jener Art sind, wenn das Verbrechen, ohne äusseren Zwang, nicht vollendet wird (freiwilliges Abstehen vom Versuch), oder wenn der Verbrecher sich ernstlich bemüht (als Anstifter) auch die Vollendung durch Andere, oder (als Thäter) den Schaden eines schon vollzogenen Verbrechens zu verhüten."

„Indeß können diese Handlungen keine wahre Reue beweisen, wenn „überwiegende Vortheile" den Thäter so zu handeln bestimmten. Vortheile dieser Art sind: wenn der, an dem das Verbrechen verübt werden sollte (also conatus remotus), den Anschlag erfuhr, und da er das Verbrechen nicht anders verhüten zu können vermeinte, es dem Verbrecher lieber abkaufte, was oft der Fall seyn kann, wenn Verbrechen in Banden gefürchtet werden. Ferner: wenn der Verbrecher sich vor Entdeckung, Gefangennehmung und Strafe nicht mehr zu sichern weiß, und unter diesen Umständen klüglich alle Mittel hervorsucht, um sich unter dem Schutz der Gesetze entweder straflos, oder doch minder strafbar zu machen. Jedenfalls hat der Verbrecher, wenn er unter solchen Umständen Reue zeigt, die Vermuthung wider sich, daß er ohne jene drohende Gefahr nicht so gehandelt haben würde, und mehr noch gilt dieß, wenn er sich schon in Untersuchung be-

findet, es möchte denn ein solcher Gemüthszustand den Charakter des Verbrechens selbst ändern."

„Hieraus muß man folgern, daß wenn der Verbrecher in einem, nach seinen Vorstellungen völlig anerkannten Stande der Sicherheit solche Handlungen unternimmt, welche der vorher offenbarten Gefährlichkeit seiner Gesinnung geradezu widerstreiten, diese Gesinnungen nicht gefährlich waren, oder aufhörten, gefährlich zu seyn. In beiden Fällen wäre Strafe zwecklos, wohl aber darf der Verbrecher beobachtet, oder nach Umständen auf kürzere Zeit in eine Sicherungsanstalt gegeben werden, um noch eine weitere Unschuldsprobe auszuhalten. Hingegen, wenn er auffer dem Stande der Sicherheit Handlungen geäussert hat, welche factisch einen Zustand der Reue darzuthun scheinen, so kann der Richter mehr nicht als an die „Möglichkeit" des Daseyns eines solchen Zustandes glauben; an eine so vollendete Besserung der Gesinnung, daß diese weiterhin nicht zu fürchten sey, darf er nicht denken, weil der gegenwärtige motivirte Zustand einem künftigen unmotivirten nicht gleich gestellt werden kann. Deshalb ist der Richter verpflichtet, die angefangene Besserung durch „Strafe" zu vollenden, die scheinende zu verwirklichen, den gegenwärtig motivirten Zustand auf die Zukunft von allen Bedingungen loszubinden; und zwar muß er die „ordentliche" Strafe anwenden, weil sie als das nothwendige, einzig wirksame Mittel anerkannt ist, und auf kleine, nur auf Vermuthung beruhende Abweichungen im einzelnen Subjecte keine Rücksicht genommen werden kann."

„Die Frage: in wiefern der Verrath der Mitglieder einer Bande durch einen Mitgenossen, dessen Strafe mildern, oder gar aufheben könne, hängt mit der vorliegenden Untersuchung über die Reue insofern zusammen, als hier keine wahre Reue vorliegt, weil ein überwiegender Vortheil den Verbrecher so zu handeln bestimmt. Gleichwohl spricht das Recht, nicht bloß die Politik, dafür, hier Straflosigkeit eintreten zu lassen. Denn der Staat handelt gegen seine Selbstpflicht und die ihm gegen Alle obliegende Verbindlichkeit, wenn er durch Ausübung einer Selbstpflicht (hier der Strafgewalt) die Sicherheit Aller, statt zu schützen, in unendlich größere Gefahr stürzt. Dieß ist die Analogie der

Sprache, die das Recht bei jedem „Nothverbrechen" führt. Eben deshalb darf aber der Staat jenes Versprechen (nur bei einer Bande, nicht schon bei dem bloßen Complott, oder gar bei der Anstiftung), als Ausnahme von der Regel, nur für den Fall verheißen, daß sonst die Entdeckung und Vernichtung der Bande nicht leicht möglich wäre. (Um eines Theils allen Schlechtigkeiten bei weiter greifenden Belohnungen wegen Verraths der Mitgenossen, wie solche nach den neueren deutschen Gesetzgebungen seit dem Baier'schen Str.G.B. mit Recht zu befürchten sind (§. 63), wirksam zu begegnen, und um anderen Theils dem Satze, daß das Recht hier der Nothwendigkeit weiche, welche kein Gesetz kenne — und diese Nothwendigkeit kann immer nur eine concrete seyn — seine wahre Geltung zu verschaffen, sollen auch nach Bentham's Vorschlag solche Belohnungen nicht in das Strafgesetzbuch aufgenommen, sondern für jeden einzelnen Fall, wo sie durch die Nothwendigkeit motivirt werden, besonders verheißen werden. Aber freilich man zählt viel zu sehr darauf, daß ehrliche und unehrliche Leute das Str.G.B. studieren werden. Kann dieß aber z. B. auch von einer staatsgefährlichen Bande von „drei Personen zur Wilderei", wie nach dem württ. Str.G.B., erwartet werden)?"

„Mit der Reue steht der Fall des Schadensersatzes in genauer Verbindung. Ist derselbe Zeichen wahrer Reue, so kann nach den bisher entwickelten Grundsätzen — vorbehältlich polizeilicher Maßregeln — unter Umständen Straflosigkeit eintreten. Hingegen dem Schadensersatze an sich kann man keine Einwirkung auf Strafmilderung beilegen. Nur Unterschlagungen (einfache, und Kassenveruntreuungen), und wohl auch Diebstähle, können eine Ausnahme bilden, sofern der Thäter die Absicht der Restitution, mit dem Bewußtseyn künftig parater Mittel hatte, die Geldsumme also von ihm nicht sowohl gestohlen oder unterschlagen, als gewaltsam geborgt wird, um sich aus einer gegenwärtigen Verlegenheit zu helfen, und er demgemäß später, ganz oder theilweise, Ersatz leistete. Dieser freiwillige Ersatz ist freilich nicht Reue, sondern nur Realisirung seiner ursprünglichen Absicht zu restituiren; allein eine mildere Strafe ist hier stets begründet. Denn ein solcher Uebertreter bestimmt sich nur unter der Voraussetzung

zur That, daß Niemand beschädigt werden solle, während der gewöhnliche Verbrecher an nichts weniger als an Entschädigung denkt, und sich auch nicht, wie jener, nur aus einer Verlegenheit ziehen, sondern sich wirklich auf Kosten Anderer bereichern will. Die Gefährlichkeit der Gesinnung erscheint hier also in einem weit geringeren Grade."

(Die Motive zu dem württ. Str.G.B. haben den Mißgriff begangen, bei der Unterschlagung unter den im Art. 345 angegebenen fünf Voraussetzungen sogar den Dolus wegzudemonstriren, und darauf die Straflosigkeit solcher Unterschlagungen zu gründen. Da nun unter den gleichen Voraussetzungen bei dem Diebstahl und dem Kassenrest nicht Straflosigkeit eintritt, so heißt dieß mit andern Worten, daß man hier auch ohne allen Dolus strafe. Richtiger wäre es gewesen, in allen Fällen eine mildere Strafe festzusetzen, indem Straflosigkeit sich, des immer vorhandenen Dolus wegen, hier nicht rechtfertigen läßt. Nur beim Kassenrest könnte kein großes Gewicht darauf gelegt werden).

„Hingegen Fürbitte und Verzichtleistungen können vom Standpuncte des Besserungsprinzips nicht als Strafmilderungsgründe gelten. Denn sie geben der Gesinnung des Verbrechers keine andere Richtung. Dagegen giebt es gewisse Verbrechen, die aus besondern Gründen nur auf Klage des Verletzten untersucht werden sollten. Hier bewirkt der Verzicht auf die Klage Straflosigkeit."

„Wie freiwilliges Bekenntniß des Angeschuldigten an sich, d. h. sofern es nicht aus Reue geschieht, eine Milderung der Strafe bewirken sollte, ist eben so wenig einzusehen. Entweder hält man den Angeschuldigten für verpflichtet zum Geständniß, dann kann man ihn nicht dafür belohnen, daß er nur seine Schuldigkeit thut; oder man hält ihn nicht dazu verpflichtet, dann macht man durch seine Belohnung eigentlich nur dem trägen Richter ein Compliment. Der Verbrecher, wenn er die Wahrheit gesteht, belohnt sich ohnehin selbst durch verkürzte Gefangenhaltung."

„Gehen wir nunmehr zu den Schärfungsgründen über, so ist zunächst das Prinzip unbestreitbar, daß wer im Verbrechen noch Nebenpflichten verletzt, eine schärfere Strafe leiden muß, weil er einen größeren, vom Verbrechen abziehenden Gegenreiz

überwand, und dadurch eine größere Schlechtigkeit der Gesinnung offenbarte."

„Wenn dagegen der Eggers'sche Entwurf auch den Lügen und beharrlichem Verweigern des Geständnisses die Wirkung einer Strafschärfung beilegt: so möchte man fragen, warum nicht auch der Flucht, durch welche unstreitig der Wille, das Geständniß zu verweigern, am deutlichsten offenbart wird. Soll dieß gelten, so müssen wir eine Verbindlichkeit annehmen, sich selbst der Gewalt des Richters und der Strafe darzubieten. Aber wie kann (im Sinne des inquisitorischen Strafprocesses) der Mensch verpflichtet seyn, sich selbst dem Tode, oder seine Glückseligkeit der Zerstörung darzubieten? Nur dann könnte die Versagung eines nothwendigen Geständnisses strafbar seyn, und darum auch eine Schärfung der Strafe bewirken, wenn dieselbe dem Verbrecher durchaus unschädlich ist. Denn durch diese Unschädlichkeit des Geständnisses für ihn kommt er in die Lage einer andern, bei dem Verbrechen gar nicht interessirten Person. Jeder ist aber schuldig, Alles, was ihm unschädlich ist, dem Richter zu offenbaren, wenn er von diesem dazu aufgefordert wird, und zugleich verpflichtet, einen ihm bekannten Verbrecher der Obrigkeit anzuzeigen. Daher kann auch der (anderweitig) überwiesene Verbrecher gezwungen werden, seine absolut nothwendigen Mitverbrecher anzuzeigen, und den Ort, wo er die verbrecherische Beute aufbewahrt hat, zu entdecken. Aus der letzten Entdeckung kann zwar er, oder können die Seinigen verlieren, was verbrecherisch erworben ist. Aber Verlust eines verbrecherischen Gewinns ist kein Schaden."

„Weiter kann niemals gegangen werden, und am mehrsten widersprechen sich die Vertheidiger des Abschreckungsprinzips, wenn sie durch Strafdrohungen von der Verweigerung des Bekenntnisses der Schuld abschrecken wollen. Denn dieß heißt mit andern Worten: durch das Gesetz eine Furcht erregen, sich vor Gesetz und Strafe nicht zu fürchten".

„Auch bei der Concurrenz von Verbrechen und bei dem Rückfall muß man sich, vom Standpuncte des Besserungsprinzips, gegen die Steigerungen der Strafe erklären, zu welchen das Abschreckungsprinzip führt."

„Schließlich bleibt noch die Frage übrig: ob leichte Gelegenheit die Strafe mildere, oder erschwere? Unter leichter Gelegenheit wird eine Verbindung von Umständen verstanden, wodurch der Verbrecher aller (körperlichen und geistigen) Anstrengung zur That überhoben wird. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden: entweder bietet sich dieselbe unerwartet dar, oder sie ist, aus einmal bestehenden Verhältnissen, immer vorhanden".

„In dem ersten Falle kann mit Rücksicht auf den unerwartet und heftig einwirkenden Reiz, und die dadurch bewirkte Verführung, nach dem Besserungsprinzipe nicht bezweifelt werden, daß der Thäter eine weniger schlechte oder gefährliche Gesinnung offenbarte, also milder bestraft zu werden verdient. Aber es kommt dabei vorzüglich auf das „unerwartet" an; daher derjenige, welcher zu Reizen der Art gewöhnt ist, nicht dadurch entschuldigt wird, also nicht der, die leichte Gelegenheit zum Diebstahl benutzende, schon einmal wegen Diebstahls oder Betrugs gestrafte Dieb. Denn von ihm kann man nicht sagen, daß er vom augenblicklichen ungewohnten, heftigen Reiz überrascht und bestimmt wurde, ehe er zum vollen Bewußtseyn kommen konnte; vielmehr konnte und mußte man von ihm, bei geringerer Schlechtigkeit der Gesinnung, von der That abmahnende Vorstellungen erwarten. (Schon der Rückfall würde hier paralysirend einwirken.)"

„Der zweite Fall ist der, daß, nach einmal bestehenden Verhältnissen, die Gelegenheit zum Verbrechen ausdauernd dargeboten wird. Dieß findet man hinsichtlich des Diebstahls besonders bei allen Sachen, welche nicht in eigentlichen Verschluß und Verwahrung genommen werden können. Feld-, Jagd-, Fischdiebstahl bieten sich hier zunächst als Gegenstände dar. Hier geht man fast allgemein von dem Grundsatz aus: wenn die Sache vom Eigenthümer nicht bewacht und in Verschluß genommen werden kann, so muß sie der Staat durch Strafe bewachen, d. h. er muß so viel mehr Strafe auf die Verletzung solcher Gegenstände setzen, als sie weniger in Privatschutz genommen werden können. (Man denke nur an den mit lebenslänglicher Infamie so überaus verschwenderischen Art. 328 des württ. Str.G.B., in Verbindung mit

Art. 447 von der Unterschlagung — wenn auch im Werthbetrage von nur Einem Kreuzer.) Dieser Grundsatz ist durch vielen Schein aufdringend; er paßt so gut zu dem asiatischen Geiste des Abschreckungssystems. Allein, wenn man von dem unumstößlichen Grundsatze ausgeht, daß die Gefährlichkeit der durch das Verbrechen erwiesenen Gesinnung des Verbrechers die juridische Größe des Verbrechens selbst bestimmt: so kann man dem Irrglauben nicht treu bleiben, willkürlich den Menschen durch Mißhandlung übermäßiger Strafe, wie das Vieh mit Schießgewehr und Peitsche, von der unbewahrten Sache zurückzuscheuchen".

„Wer eine frei liegende Sache nimmt, zeigt nur, daß er nach seiner Gesinnung eine That der Art verüben könne; und man hat kein Recht, die Gesinnung eines Menschen schlechter zu vermuthen, als er sie durch seine Handlung verkündigt. Der Staat ist mithin nur verpflichtet, und, weil von zuzufügenden Uebeln die Rede ist, auch nur berechtigt, auf Vernichtung der bewiesenen schlechten Gesinnung strafend einzuwirken. Wie ist aber die Gesinnung eines solchen Diebes, wovon hier die Rede, beschaffen? Sie hat die Vermuthung für sich, daß der Dieb aus ihr nicht bestimmt werden könne, eine Sache zu nehmen, welche einigermaßen nur im unmittelbaren Privatschutz sey. Er muß daher auch geringer bestraft werden als der, welcher durch seine That beweist, daß er unmittelbaren Privatschutz nicht respectire. Häufiger freilich sind Diebstähle der Art als andere, wegen des allgemeinen einwirkenden Reizes; aber das Exemplificiren darf in der Strafe nie Hauptsache werden. Ohnehin ist die objective Gefahr so klein, daß sie unmöglich den Staat zu dem so tyrannischen Grundsatz der reinen Exemplification hinführen kann."

„Aber Bedingung ist, daß die That nicht durch hinzutretende Nebenverhältnisse, durch die eine schlechtere Gesinnung dargethan wird, verunstaltet werden darf. Das geringste Wagen, die geringste Kühnheit in der Unternehmung, Beharrlichkeit des Vorsatzes im mühsamen Aufsuchen oder Erlangen der Gelegenheit, führt die ordentliche Strafe herbei. Wer z. B. zum Gartendiebstahl übersteigt, und dadurch zeigt, daß er den angeordneten

Privatschutz nicht respectirt; wer Getreide auf dem Felde mit Wägen wegfährt; wer in fremden entlegenen Feldmarken stiehlt; wer Fische und Krebse mit gezogenen Netzen oder Geräusch fängt, kann auf mildere Strafe nicht rechnen. Eben dieß gilt ohne Unterschied vom Diebstahl an Ackergeräthschaften, weil sie im Gebrauch und bei dem Verkauf erkannt werden können, und vom Bienendiebstahl, weil hier die Verübung schwierig ist. Wie aber hier eine größere Strafe, als dem gewöhnlichen Diebstahle gebührt, begründet seyn sollte, — darauf weiß nur das Abschreckungsprinzip die Antwort zu geben".

§. 90.

Diese, eben so consequent als scharfsinnig durchgeführte Theorie Stelzer's verdiente um so mehr vollständig mitgetheilt zu werden, als dieselbe den meisten Rechtsphilosophen und Juristen unserer Zeit unbekannt zu seyn pflegt, was sie gewiß nicht verdient. Stelzer gehört, wie seine Abhandlung: Ueber den menschlichen Willen, und seine Kritik des Eggers'schen Entwurfs (früher schon schrieb er eine Kritik des Preussischen Criminalgesetzes) ergeben, ohne Widerrede zu den ausgezeichnetsten Criminal-Psychologen, und spricht nicht minder durch die eigenthümliche Art seiner Argumentation, als durch die Wärme an, mit welcher er den Ungerechtigkeiten abschreckender Strafgesetze entgegentritt. Darin besteht überhaupt der Vorzug aller — der moralischen sowohl als der juridischen — Besserungstheorieen, daß sie auf Humanisirung der Strafgesetze dringen, und sich nicht bloß mit der Bestrafung des Verbrechens begnügen, sondern den Verbrecher als gebesserten Menschen, zu seinem und der öffentlichen Sicherheit Frommen, der bürgerlichen Gesellschaft wieder zurückgeben wollen.

Zwar die Anhänger des Abschreckungsprinzips sind gleich mit der Widerlegung bei der Hand, daß das Fundament der juridischen Besserungstheorie nicht erwiesen, mithin auch die, daraus abgeleiteten Prinzipe für das rechtliche Strafmaaß unerwiesen seyen. Allein, so gewiß dieß zugegeben werden muß, so folgt daraus noch nicht, daß darum für den Gesetzgeber nur das Abschreckungsprinzip, und der daraus abgeleitete Maaßstab der Strafe, übrig bleibe; vielmehr geriethe der Gesetzgeber bei dieser

Schlußfolge in Gefahr, von der Scylla in die Charybdis zu verfallen.

Daß die Besserung des Verbrechers auch in den gemeinrechtlichen Quellen als Zweck der Strafe genannt seyn werde, läßt sich erwarten. So heißt es in **L. 20 D. de poenis (48. 19): poena constituitur in emendationem hominis**, und in **L. 1 §. 1 D. de justitia et jure (I. 1): bonos non tantum metu poenarum, sed etiam praemiorum exhortatione efficere cupientes**, obwohl die **metus poenarum** auch auf die angedrohte Strafe bezogen werden kann. Hingegen die **L. un. D. de emendat. propinq. (9. 15)**, welche die Strafe **correctionis medicina** nennt, beschränkt sich auf häusliche Züchtigung, und auch der Art. 142 der P.G.O., welcher von Strafe an Leib und Leben, oder aber zur Buß und Besserung spricht, drückt damit nur den Gegensatz von peinlicher und bürgerlicher, oder polizeilicher Strafe aus. Im canonischen Recht ist natürlich vom Standpuncte des Christenthums die moralisch-religiöse Besserung des Schuldigen gemeint.

Betrachten wir den Ideengang Stelzer's (denn eine detaillirte Beurtheilung seiner Prinzipe für das Strafmaaß würde hier zu weit führen): so geht Stelzer mit Fichte davon aus, daß nach dem (fingirten) Social-Contracte der Zweck des Staats sey, die Rechte Aller zu sichern. Zu diesem Behuf bedarf der Staat der Strafen. Die Strafen haben aber ihre rechtlichen Gränzen, über welche hinaus sie Ungerechtigkeiten, also Eingriffe desselben Staats in die Rechte der Unterthanen sind, die dieser zu schützen hat. Diese rechtlichen Gränzen der Strafgewalt des Staats betreffen theils den Umfang des Strafgebiets (die Zahl der strafwürdigen Handlungen), theils den Maaßstab, oder die Qualität und die Quantität der Strafe.

Ueber den Umfang des Strafgebiets äußert sich Stelzer zwar auch, aber nur gelegentlich, wie dieß überhaupt von den meisten relativen (aber auch absoluten) Strafrechtstheorieen gilt, aus Gründen, die schon bei der Beurtheilung der Abschreckungstheorieen entwickelt wurden, daher hier nicht wiederholt zu werden brauchen. Er bemerkt in dieser Beziehung (a. a. O. S. 8):

„Wenn wir auf den Grundvertrag und seinen obersten Zweck zurückgehen, so finden wir die Vereinigung mehrerer Menschen, um dem Einzelnen wider Alle, und Allen wider den Einzelnen Sicherheit zu verschaffen. Ohne hier noch die Mittel zum Zweck zu untersuchen, fällt uns die Verbindlichkeit jedes Einzelnen in die Augen, nichts zu unternehmen, was diesem Sicherheitszweck entgegen ist. Wenn er dieß „unmittelbar" thut, so bricht er den Grundvertrag und die allgemeine Sicherheit selbst. Er begeht also ein Verbrechen, ein crimen (von dem obsolenten Worte: corimere, zugleich vernichten). Darum kannten die Griechen und Römer langehin keine s. g. culpose oder Schuldverbrechen, wegen der mangelnden „Unmittelbarkeit" ihrer Wirkung auf die allgemeine Sicherheit. Die Sprache der Deutschen paßte sich durch die Begriffe: Verbrechen und Vergehen an. Darum ist es unrichtig, wenn Feuerbach mit Auctorität ausspricht: das Verbrechen kommt aus dem Gesetze. Nein, das Strafgesetz kommt aus dem Verbrechen, nur des Verbrechens wegen. Das Verbrechen ist schon im Grundstaatsvertrage bezeichnet; allein die Criminalgesetzgebung entwickelt nur den Begriff zur höheren Klarheit. Darum soll nicht getadelt werden, wenn der Gesetzgeber dem Richter verbietet, ein Verbrechen zu strafen, welches im Gesetze nicht genannt und (nicht) mit Strafe bedroht ist. Vor dem Richter sind Anerkennung des Verbrechens und Anerkennung seiner Strafbarkeit getrennt; vor dem Gesetzgeber, oder vielmehr der höchsten Gewalt, nicht. Darum ist es Pflicht des Richters, ein gefundenes Verbrechen der höchsten Gewalt anzuzeigen, das in dem gesetzlichen Verzeichnisse der Verbrechen vergessen ist".

Ferner (a. a. O. S. 26): „Der früher ausgesprochene Satz, daß nicht das Verbrechen das Gesetz veranlasse, sondern das Gesetz erst das Verbrechen gründe, darf nicht mißverstanden werden. Nicht der Staatsgrundvertrag ist als Gesetz gemeint, sondern das eigentliche Gesetz, welches die höchste Gewalt im Staat, erst durch jenen Grundvertrag berechtigt, ausspricht: Verbrechen ist jedes freie Handeln gegen die allgemeine Sicherheit im Staat".

Daß damit die Frage: welche Handlungen strafwürdig seyen, auf eine vom Standpuncte des relativen Systems nicht befrie-

digende Weise beantwortet werde, hat schon die Beurtheilung anderer Theorieen dieser Art ergeben. Der Begriff des Verbrechens wäre, besonders wenn das Merkmal „unmittelbar" wegfällt, offenbar zu weit, indem darunter alle vorsätzlichen und fahrläßigen Rechtsverletzungen subsumirt werden könnten.

Eben so wenig kann gebilligt werden, daß Stelzer (a. a. O. S. 9) zu den Besserungsstrafen erst durch einen Umweg gelangt, und zwar durch denselben, den auch Grolman früher im Sinne Fichte's einschlug, nur daß beide den fingirten Abbüßungsvertrag Fichte's als rechtliches Fundament ihrer (Präventions- und Besserungs-) Strafe verwarfen. Stelzer meint nämlich, daß, wer den Staats-Grundvertrag breche, von Rechtswegen aus dem Staate zu stoßen sey, und da Landesverweisung keine genügende Sicherheit gegen den Verbrecher gewähre, nur der Tod (man denke: für jedes, auch bloß culpose Vergehen) übrig bleibe. „Allein", fährt er fort, „gegen die allgemeine Anwendung des Todes appelliren Menschenliebe und Politik, und auf beide muß man hören, wenn Rechtlichkeit ihnen nicht widerspricht. Die Politik kann aber nicht zugeben, daß der Staat, welcher Kräfte bedarf, allmählig entvölkert werde; und die Menschenliebe spricht: schone des Nebenmenschen ausser den Gränzen der widersprechenden Nothwendigkeit. Daher darf und muß der Staat sinnen, sich den Verbrecher rechtlicher Weise zu erhalten".

Damit wird freilich Fichte's Abbüßungsvertrag umgangen; allein darum steht es mit Stelzer nicht besser. Denn die Fichte'sche Thesis bleibt einmal bestehen, daß der Bruch des Staatsgrundvertrags (Socialcontracts) rechtlos mache. Diese Rechtlosigkeit kann aber nur eine fingirte, also keine, seyn, weil sie aus einem bloß fingirten Vertrage abgeleitet wird; ja ein fingirter Vertrag, welcher von vorne herein alle Proportion zwischen Schuld und Strafe vernichtet, ist juridisch undenkbar.

Wozu aber auch ein solcher Umweg? Hätte nicht vielmehr Stelzer so argumentiren können: „Rechtsgrund und Endzweck der Strafe ist, die rechtliche Freiheit Aller zu sichern. Diese Sicherung wird am wirksamsten dadurch erreicht, daß der Verbrecher, wenn auch nur juridisch, gebessert wird. Mithin ist

juridische Besserung des Verbrechers das Mittel (der besondere oder Mittelzweck) zur Realisirung des Endzwecks der Strafe, und dieser Mittelzweck bestimmt — wenigstens da, wo noch Besserung zu erwarten ist — die Qualität und Quantität der Strafen." Dann wären die Besserungsstrafen nicht mehr bloß Surrogate, sondern Normal- oder Prinzipalstrafen, wie dieß in dem Begriff der Strafe überhaupt liegt.

Worin soll nun aber die juridische Besserung bestehen? Hierauf antwortet Stelzer (a. a. O. S. 10): „Die Möglichkeit der Erhaltung des Verbrechers für den Staat kann nur in der verbesserten Gesinnung desselben gesucht werden. Allein das Mittel, sie zu erwirken, darf der Staat nicht von einer ausdauernden Erziehung entlehnen, sondern er muß einen „kräftig wirkenden Gegenreiz" anwenden, der nicht nur augenblicklich eine überzeugende Vorstellung erweckt, daß die rechtlichen Folgen des Verbrechens den Vortheil überwiegen, den der Verbrecher in der unrechtlichen Wirkung des Verbrechens suchte; sondern der auch mit Ausdauer diese Vorstellung enthält, damit sie endlich die herrschende werde und die Gesinnung fixire, damit die Vernunft zur lichten Durchschauung gedeihe, und wenn nicht ein Grundsatz, so doch eine Handlungsweise (Maxime) gedeihe, die zur Sicherheit hinführt. Jener Gegenreiz, wie er gefordert wird und gefordert werden muß, kann nur durch ein ausdauerndes Leiden geschaffen werden, das unmittelbar (so weit es der schleppende inquisitorische Strafproceß zuläßt) dem Verbrechen folgt, als unvermeidliche Folge an dasselbe geknüpft ist (vorausgesetzt, daß der Verbrecher entdeckt und überführt werden kann) — und ein solches, dem Verbrecher zugefügtes Leiden heißt Strafe. Nur Glaube an eine künftige Besserung, Ueberzeugung kann sie nie erwecken. Ihre Rechtfertigung ist „Wahrscheinlichkeit", aber nie Gewißheit".

Allerdings kann es keine apodictische Gewißheit, sondern nur eine Wahrscheinlichkeit dafür geben, daß der Verbrecher juridisch gebessert sey, und mit dieser Wahrscheinlichkeit müßte man sich, wie auch Roscoe (§. 76) hervorhebt, eben so gewiß begnügen, als mit derjenigen Wahrscheinlichkeit (s. g. empirischen oder histo-

rischen Gewißheit), auf deren Grund der Staat einen Angeschuldigten verurtheilen läßt, namentlich, wenn er die Gerichte von aller positiven (gesetzlichen) Beweistheorie emancipirt. Insofern läßt sich mit Grund gegen Stelzer nichts einwenden, und eben so wenig hinsichtlich der beschränkten Wahl der Strafarten, weil mit dem Besserungszweck nur wenige Arten der Strafen verträglich sind, während die Grolman'schen Abschreckungsstrafen, im Gegensatze von eigentlichen Besserungsmitteln (§. 88), schon weiter reichen. Dagegen hat Stelzer nicht bedacht, daß es hier nur das Dilemma giebt: entweder soll der Uebertreter bis dahin, daß er sich gebessert hat, in der Strafanstalt zurückbehalten werden, aber auch um keinen Augenblick länger; oder: er wird von den Gerichten zu einer Freiheitsberaubung auf eine fest bestimmte Zeitdauer verurtheilt, und dann entlassen, gleichviel, ob er sich inzwischen gebessert oder nicht gebessert hat. In jenem Falle würde, wie bei Henke, Möhl und Fichte nachgewiesen wurde, regelmäßig alle Porportion zwischen Schuld und Strafe vernichtet; in diesem entbehrte das Prinzip der Besserung seiner vollen practischen Bedeutung.

Gleichwohl gewährt die consequente und scharfsinnige Durchführung des Stelzer'schen Prinzips, die den eigentlichen Kern seiner Theorie bildet, mannigfaches Interesse. Wie Grolman, steht nämlich auch Stelzer auf dem ausschließlich subjectiven Standpuncte der Beurtheilung des Grades der Strafwürdigkeit, und von dieser Seite können diejenigen relativen Theorieen, welche das objective Strafmaaß mit dem subjectiven verbinden, Vieles von ihm lernen. Denn er hat vielfach überzeugend dargethan, daß manche zur Steigerung des objectiven Strafmaaßes benutzte Momente vielmehr zur Herabsetzung desselben führen sollten, wenn nicht das, Alles verderbende, Abschreckungsprinzip auch hier dazwischen tritt.

Im Uebrigen haben freilich Stelzer's Prinzipe für den Maaßstab der Strafe mit den Grolman'schen viele Aehnlichkeit; allein im Einzelnen weichen sie doch häufig von einander ab, nicht nur, weil sie auf einem verschiedenen Grunde beruhen, sondern auch, weil Stelzer in seinen Schlußfolgerungen zu Gunsten

des Angeschuldigten weniger ängstlich ist, als Grolman, welcher letztere z. B. auf thätige Reue nur wenig, oder jedenfalls kein so großes Gewicht legt als Steltzer. Ueberhaupt bauet Grolman zu fest auf dem Schlusse von der Schwere der That, oder, wie er sich ausdrückt, von dem Begriffe des Verbrechens, auf die Gefährlichkeit der Gesinnung des Verbrechers, wodurch er genöthigt wird, alle Milderungsgründe der Strafe als außerordentliche, eines besondern stringenten Schlusses bedürftige, Ereignisse darzustellen. Hingegen Steltzer hält sich, und gewiß mit Recht, mehr an die Umstände der That und deren Beschaffenheit, woraus er mit gleicher Unpartheilichkeit für, wie wider den Angeschuldigten auf die größere oder geringere Gefährlichkeit seiner Gesinnung schließt; eingedenk des Satzes, daß wenn die Gründe für die erhöhte Strafbarkeit des Verbrechers nur auf Wahrscheinlichkeit beruhen, auch den entgegengesetzten, auf gleicher Wahrscheinlichkeit beruhenden Gründen dieselbe rechtliche Wirkung beigelegt werden müsse. Dieß ist ein unverkennbarer, im Sinne der bürgerlichen Gerechtigkeit gelegener Vorzug des Steltzer'schen Maaßstabes der Strafe vor dem Grolman'schen, wenn gleich seine Schlußfolgerungen im Einzelnen manche gegründete Einwendungen zulassen, worauf hier indeß nicht eingegangen werden kann, um nicht das Maaß zu sehr zu überschreiten.

§. 91.

b. Das deterministische System von Groos.

Auch dieser Schriftsteller (Dr. Friedrich Groos, dirigirender Arzt an der Irrenanstalt in Heidelberg) bekennt sich in seinen Schriften: Ideen zur Begründung eines obersten Prinzips für die psychische Legalmedizin, Heidelberg 1829, und: Der Skeptizismus der Freiheitslehre, in Beziehung zur strafrechtlichen Theorie der Zurechnung, Heidelberg 1830, zu der Besserungstheorie, die aber nicht sowohl eine moralische oder juridische, als vielmehr eine Verstandes-Besserung seyn soll, wodurch die Strafanstalten in eine nähere Beziehung zu den Irrenanstalten (wie man

sie auch früher häufig in Einem Gebäude vereinigt fand), oder doch zu den Erziehungsanstalten (Pädagogien) gebracht würden.

„So wie in früheren Zeiten — argumentirt Groos in der zweit genannten Schrift — die Zurechnungslehre fast allein von Seiten der für klar und über allen Zweifel erhabenen „Regel" gewürdigt, die zweifelhaften Gemüthszustände aber nur nebenbei berücksichtigt wurden, und die Entscheidung über Zurechnung, ohne viele Rücksicht auf Zurechnungsfähigkeit, einzig von dem „Richter" ausging: so ist in neuerer Zeit, wenn auch nicht dem ausdrücklichen Gesetze, doch der Gerichtspraxis nach, in den aufgeklärteren Staaten der Fall ziemlich umgekehrt, d. h. die Ausnahmen, durch die Aerzte und Psychologen hervorgehoben, haben die Regel bald umgestürzt, und die Zweifelhaftigkeit der Gemüthszustände in Begehung von Verbrechen so viel als zur Regel selbst erhoben; die Gewißheit, wo wirkliche Zurechnungsfähigkeit ohne Widerspruch statt finde, kaum als Ausnahme gelten lassend. Und somit ist allerdings eine gänzliche Verwirrung in eine Lehre hineingebracht worden, die früher, vor dem Beizuge der Aerzte und der Psychologen, vom Glanze der Evidenz umstrahlt, ohne Anstand und in der besten Meinung, von Rechtswegen Tausende von Hexen, Besessenen und Ketzern zum Scheiterhaufen verdammt hatte."

„Ob die frühere Klarheit der Justizregel, oder die spätere Verdunkelung derselben, wodurch die Ausnahmen mehr an's Tageslicht hervorgezogen wurden, mehr Heil oder Unheil über die menschliche Gesellschaft gebracht habe, und mehr oder weniger der Würde einer wahren Obrigkeit über Menschen entspreche, wäre eine historisch wie philosophisch sehr interessante Frage, die indeß nicht hieher gehört. Aber so viel ist gewiß, daß durch die Erhebung der Ausnahme zur Regel, die von den Aerzten und Psychologen ausgegangen, bald von den Gerichten angenommen wurde, die Rechtmäßigkeit und Infallibilität der Regel höchst verdächtig gemacht wird."

„Somit bedarf es nach den bestehenden Verhältnissen nur „eines kleinen Schritts", um alle Zurechnungsfähigkeit zu läugnen. Mit diesem Läugnen der Zurechnungsfähigkeit ist aber nicht der rohe mechanische Determinismus des **de la Mettrie**, die nie-

drigste und widersinnigste aller philosophischen Ausgeburten (wie man den Verf. früher mißverstanden hat), gemeint; wo der Mensch, erhaben über das Thier — und noch weit mehr über den l'homme machine — nichts weniger als dem äusseren sinnlichen Impulse, aber desto nothwendiger dem inneren geistigen Impulse der Vernunft- und der Verstandesgesetze folgen muß. Dieser rationale oder Begriffsdeterminismus geht demnach von einer Selbstbestimmungsfähigkeit des Menschen durch innere geistige Motive, die seinen Entschluß begründen, aus, und erkennt das Gefühl dieser Selbstbestimmungsfähigkeit durch seinen eignen Entschluß, als ein wirklich gegründetes und nicht täuschendes Gefühl an. Nur ein Unsinniger könnte dieselbe, die eine offenbare Thatsache ist, in Zweifel ziehen."

„Dieses active, selbstthätige Prinzip im Menschen hat nun, als begründet in dem angestammten Triebe zu Gott, zum Ziele, das in jeder Menschenbrust schlummernde Vernunftgesetz, dadurch daß es zur klaren Vorstellung, d. h. zum Verstandesbegriff, entwickelt wird, zum höchsten Motiv für die Selbstbestimmungsfähigkeit zu erheben. Denn diese Selbstbestimmungsfähigkeit kann nun einmal nur durch Motive angeregt werden, Motive können aber nicht mehr in der höheren Region der Vernunft, sondern nur in der schon niederen des Verstandes gebildet, und ohne Vorstellung oder Begriff nicht als wirksam gedacht werden. Jedes Gefühl, jede Begierde, jeder Abscheu muß, ehe sie zur That werden, erst den Begriff erregt haben, und setzt ihn sogar, ehe sie völlig gebildet da stehen, voraus: daß nämlich das Begehrte oder Verabscheuete ein Gut oder ein Uebel sey. So stoßen wir hiemit — da nichts gewollt werden kann, ohne die Vorstellung, d. h. ohne den Begriff, es zu wollen — allemal auf die Verstandes-Operation der Begriffe, auf deren Inhalt, ob sie falsche oder richtige seyen, und damit kommt es doch zuletzt auf den Grad der Verstandescultur an. Hier erscheint nun der Begriffsdeterminismus, der auf Reinigung der Begriffe, d. h. auf wahre — religiös vernünftige, nicht gelehrte — Cultur des Verstandes dringt, in seiner hohen Würde, indem er, vom göttlichen Triebe im Menschen ausgehend, das angeborne, aber schlummernde Vernunftgesetz

dadurch, daß es dem Verstande vorgehalten und in deutliche Begriffe geformt wird, als das höchste, und darum mächtigste, und darum mit Nothwendigkeit siegende Motiv für die Selbstbestimmungsfähigkeit durch eignen, aber nothwendigerweise stets in einem überwiegenden Motive begründeten, Entschluß aufstellt."

„Daß nun ein solches erhabenes Motiv zu einem so herrlichen und beglückenden Zwecke „mit Nothwendigkeit" wirken soll; daß diese Ansicht im Menschen ein Göttliches walten läßt, was ihn, ihm unbewußt, mit geheimer zwingender Zaubergewalt — die ihm freier Wille zu seyn dünkt, und auch sein eigner Wille ist — zum Guten führt: was liegt in dieser Ansicht Niedriges, Schlechtes, Schädliches, oder auch nur Niederschlagendes? Ist sie nicht vielmehr eben in dieser Nothwendigkeit, die uns zum Guten führt, die trostreichste und erhebendste, die sich aufstellen läßt?"

„Bis dahin, in dieser Anfangshöhe, möchte also diese Ansicht nichts Anstößiges, oder gar Gefährliches an sich tragen. Noch bleibt aber der Verbrecher aus ihr ausgeschlossen, und gleichsam ausgestoßen aus der Sphäre des Gottestriebes im Menschen, indem das in diesem Triebe begründete Active und wahrhaft Selbstthätige, als solches, nur zum Guten führen kann, der Verbrecher mithin nach dieser Ansicht kein selbstständiges Wesen mehr seyn kann — wiewohl er doch erfahrungsmäßig Selbstbestimmungsfähigkeit besitzt, und gerade auch das thut, was er will, so gut wie der gute Mensch."

„Allein dieser Widerspruch ist nur scheinbar, indem der verbrecherische Entschluß seinen Sitz nicht in der hohen Region der Gott verwandten Vernunft, sondern in dem niederen Reviere des verfinsterten Verstandes hat. Ist es wahr, was der gesunde Verstand nicht läugnen kann, daß die Selbstbestimmungsfähigkeit nur durch Motive angeregt und in Thätigkeit gesetzt werden kann; ist es wahr, daß die Motive nur als Verstandes-Begriffe (vom Guten, vom Uebel, die als solche erkannt, und darum begehrt oder verabscheuet werden) wirksam auf die Selbstbestimmungsfähigkeit seyn können: so ist die Wahl unter den Motiven nur eine Verstandesoperation, und diese Wahl selbst von der Beschaffenheit des Verstandes abhängig. Der Verstand wählt allerdings

unter mehreren Motiven dasjenige, welches die Selbstbestimmungsfähigkeit in Anspruch zu nehmen hat — er wählt durch eignen Entschluß — aber dieser eigne Entschluß selbst ist die „nothwendige" Folge des Uebergewichts, welches, je nach dem wahren oder falschen Begriffe vom wahren oder Scheingut, und vom wahren oder Scheinübel, das siegende Motiv über die übrigen gewinnt. Jede Wahl fließt also aus dem eignen Entschlusse des Menschen, und ist sein wahrer und ernster Wille; nichts desto weniger hört sie darum nicht auf, eine zuletzt und metaphysisch genommen, nothwendige Wahl zu seyn."

„Allein wie, fragt Jarcke (die Lehre von der Aufhebung der Zurechnung durch unfreie Gemüthszustände, Berlin 1829 S. 19) — wie kann nach dieser Ansicht ein Besserungsversuch, den Groos der Strafe substituirt wissen will, auch nur gedacht werden, wenn nicht der Mensch, sondern die in ihm wirkende Naturkraft thätig ist? Soll denn die Weisheit der Natur, welche den Tod des Ermordeten angeordnet hatte, und welcher der Mörder ohne Möglichkeit des Widerstandes dienen mußte, von den psychischen Aerzten corrigirt werden?"

„Hierauf ist mit dem kurzen prägnanten Satze zu antworten: keine Wirkung ohne vorhergegangene Ursache, und keine Ursache ohne nothwendig nachfolgende Wirkung. Diesem Satze zu Folge bleibt es allerdings wahr: so weit die Dinge schon in Erfüllung gegangen sind, so weit mußten sie mit Nothwendigkeit gerade diesen und keinen andern Ausweg nehmen. Der Mörder war das Instrument des unerbittlichen Schicksals, aber „eben darum" verdient er nicht die Strafe des Rades oder Schwerdts, sondern, außer der Sicherung Anderer vor ihm, den pädagogischen Versuch der Besserung mittelst Züchtigungen, die um so größer seyn müssen, je größer das begangene Verbrechen war."

„Aber, fragt man, wie soll nach dem Begriffsdeterminismus eine Besserung auch nur von Ferne möglich seyn? Denn der Verbrecher war ja zum künftigen Verbrechen vorher bestimmt? Allein, wer anders als Gott, weiß es denn zum Voraus, daß dieser oder jener bereits verdächtige Mensch ein Verbrecher werden müsse? Ist denn an ihm noch vor einem erstmaligen, oder

auch einem weiteren wirklichen Verbrechen, das Schicksal schon in endlicher Erfüllung gegangen? Jetzt tritt vielmehr der Satz ein: kein Entschluß ohne bedingendes Motiv, und in Folge dieses Satzes werden und können empfindliche Züchtigungen, heilsame Belehrungen, als neu hinzutretende mächtige Ursachen, mehr oder weniger ihre Wirkung nicht verfehlen; sie werden und müssen nothwendig neue Associationen und neue Begriffe im Vorstellungsvermögen erzeugen, und diese zu eben so vielen neuen, früher mangelnden, Motiven werden, welche „mit deterministischer Nothwendigkeit" die Selbstbestimmungsfähigkeit stärker oder schwächer, je nach ihrer mehr oder weniger ausdauernden Anwendung, in Anspruch nehmen müssen."

„Es soll also nicht, wie Jarcke meint, die Weisheit der Natur von den psychischen Aerzten corrigirt werden, sondern — eine allerdings große und herrliche Aufgabe für den Rechtsphilosophen — die Weisheit der Natur in der wunderbaren Einrichtung des Associations- und Begriffsvermögens, die auch in des Verbrechers Kopfe herrlich hervorleuchtet, soll von dem Gesetzgeber und Richter mit Scharfsinn erforscht, und mit religiöser Gewissenhaftigkeit benutzt werden, um durch deren angeordnete, wohl gemeinte und heilsame, Züchtigungen — die auch im Plane einer göttlichen Vorherbestimmung liegen dürfen — „das Begriffssystem" verbrecherischer Menschen wo möglich umzuschaffen, oder doch mehr oder weniger zu reinigen, und dadurch auf psychologischen, der Menschheit im Richter wie im Verbrecher allein würdigen, Wegen, sie zu vernünftigeren, und dadurch zu besseren Menschen machen zu können."

„Nimmt nicht aber auch Jarcke, indem er zum Besten des Staats eine unbedingte Freiheit des Menschen postulirt, dem Staat an Sicherheit mit der einen Hand wieder weg, was er ihm mit der andern Hand gegeben hat? Denn, in Folge dieser unbedingten Freiheit, involvirt die Selbstbestimmungsfähigkeit ja auch die Fähigkeit des Menschen, sich nicht nach dem vorgeschriebenen Gesetze der Vernunft und des Staats bestimmen zu können. Jetzt fragt es sich: welche Selbstbestimmungsfähigkeit für den Bestand des Staats die ersprießlichere sey? Ob die bisher entwickelte, wo

die Menschen, in Folge des angebornen Triebes zu Gott, die Fähigkeit besitzen, dem Gesetze der Vernunft und des Staats — sobald nur dieß Gesetz ihrem Verstande zum klaren Begriff wird, aber auch nur in diesem Falle — mit geheimer Nothwendigkeit huldigen zu müssen? Oder die von Jarcke, wo die Menschen die Fähigkeit haben, diesem göttlichen und menschlichen Gesetze nach ihrem Belieben folgen, oder aber spotten zu können? Und doch soll die erstere eine dem Staat gefährlichere heißen, wo es doch gerade die letztere ist."

„Zwar beruft sich Jarcke, im Sinne der gewöhnlich angenommenen Freiheitstheorie, auf das Bewußtseyn eines jeden Menschen, daß er frei sey, was eben so wenig eines weiteren Beweises bedürfe, als das Bewußtseyn eines Jeden, daß er lebe und sey; denn in diesem Bewußtseyn der Existenz liege auch das Bewußtseyn der Modalitäten und Bedingungen desselben. Allein dieß Gefühl der Freiheit soll ja auch nicht geläugnet werden. Nur das Factum selbst von dem Bewußtseyn der unbedingten Freiheit, als ein stets und durchaus gültiger „Erfahrungssatz", ist zu läugnen. Denn hat wohl der Mensch in der Heftigkeit der Leidenschaft, im Paroxysmus des Jähzorns, in der Gluth der Triebe ꝛc. — ehrlich gestanden — auch noch das Bewußtseyn, daß er wirklich frei sey? Fühlt er sich nicht vielmehr wahrhaft gebunden, gewaltsam getrieben? Ja, es ist verschwunden, dieß Freiheitsgefühl in der Höhe der Leidenschaft, fehlt also gerade in dem wichtigsten Momente, der die Handlung entscheidet. Man wendet freilich ein: daß der Leidenschaftliche, als solcher, nicht mehr frei sey, thue nichts zur Sache. Denn es sey seine eigne, eben auf Freiheit hinweisende Schuld, daß er sich in Leidenschaft habe versetzen lassen. Allein, wer so antwortet, hadert mit Gott, daß er den Menschen mit Leidenschaft geboren seyn ließ; daß der Melancholische nicht Sanguiniker, der Cholerische nicht Phlegmatiker geworden ist; daß überhaupt der Mensch auch eine sinnliche Seite hat. Aber kein Mensch wird mit freiem Willen in Leidenschaft versetzt, und ohne diese oder jene Leidenschaft, als Motiv der That, wird nie ein Verbrechen begangen."

„Damit soll jedoch nicht gesagt seyn: der Mensch müsse sich

den Leidenschaften hingeben, sondern aus dem stoischen Rationalismus geht vielmehr auf's Deutlichste hervor, daß jeder Begierde, jedem Abscheu der Verstandes-Begriff von einem Gut oder Uebel zu Grunde liege; und es ist gerade Sache dieses Rationalismus diese Verstandes-Begriffe zu läutern, die als Motive für die Selbstbestimmungsfähigkeit wirken. Je richtiger und höher die Begriffe eines Menschen sind, desto kräftiger kann, ja muß er — jedoch freiwillig, weil durch eignen Entschluß — dem Andrange der Leidenschaft widerstehen. Je niedriger und verkehrter seine Begriffe sind, desto mehr ist er ihr Preis gegeben, wiewohl nicht mechanisch angezogen und fortgerissen, sondern durch eigenen, also freiwilligen Entschluß, der aber eine nothwendige geheime Folge der falschen Begriffe ist."

„Aber noch mehr. Wenn Clarus, Jarcke und andere Schriftsteller keine Grade der Zurechnung (kein Mehr oder Minder der Zurechnungsfähigkeit), sondern nur Grade der Schuld oder der Strafbarkeit (von im Allgemeinen zurechenbaren Handlungen) annehmen, mithin die Frage über größere oder geringere „Schuld" nichts mit der Zurechnungsfähigkeit zu thun haben soll: so zerfließt der ganze hochgefeierte und gläubig angebetete Begriff der Zurechnung in ein Nichts, indem er dann nichts Anderes aussagt, als daß das „äußere" Factum auf einen gewissen verantwortlichen Thäter hinweise. Aber damit noch nicht genug, wird von den Rechtsphilosophen auch die Lehre von der wahren inneren Schuld als eine ganz indifferente Sache, also abermals für ein Nichts erklärt. Denn der Endzweck und die Triebfedern zu dem Entschluß sollen nach der gewöhnlich angenommenen Theorie auf die richterliche Beurtheilung des Verbrechens keinen Einfluß haben. Ob der Mord aus Liebe oder Haß, aus Lebensüberdruß oder Eigennutz begangen wurde, wird für eine ganz indifferente Sache erklärt. Und das nennt man Straf-Gerechtigkeit."

„Gleichwohl muß man zugeben, daß es für den irdischen Richter unmöglich sey, bei der Ergründung der Motive die ganze Kette derselben zu erforschen, und bis auf ihren ersten Grund zurückzugehen, weshalb, wenn die Mittelglieder, und zumal das Hauptglied, in der Kette fehlen, man aus guten Gründen

die Sache der Motive lieber ignoriren soll. Ja, Jarcke (a. a. O. S. 238) hat vollkommen Recht, daß die Berücksichtigung der Motive in der Zurechnungstheorie zu den ungereimtesten Consequenzen führe. Aus eben demselben Grunde, aus welchem bei einem kranken Verbrecher Milderung der Strafe statt finden sollte, müßte bei einem Verbrecher mit ungewöhnlicher üppiger Lebenskraft, d. h. mit ungetrübter Gesundheit, Schärfung der Strafe eintreten. Und da in jeder Gelegenheit zur leichteren Begehung eines Verbrechens eine gewisse Versuchung liegt, welche als Motiv, oder doch als Verstärkung der anderweitigen Motive wirkt: so müßte diese Versuchung eben so gewiß in die Reihe der vom Richter zu berücksichtigenden Milderungsgründe treten, als jedes andere noch so kräftige Motiv, oder als der vom kranken Körper aus bedingte Anreiz zum Verbrechen. Damit aber würde aller Criminaljustiz mit Einemmale ein Ende gemacht."

„Was ist die natürliche Folge hievon? die, daß die Criminaljustiz, wenn sie sich durch Berücksichtigung der Motive nicht selbst den Herzstoß geben will, blindlings darauf losschlagen muß, unbekümmert darum, ob der Verbrecher ein Unglücklicher, ein Bejammerungswürdiger, ein Verirrter, ein Kranker, ein edler aber endlich besiegter Kämpfer mit dem unerbittlichen Schicksale, oder ob er das Gegentheil von dem Allen war. Alle diese Gründe für und wider müssen dem Criminalrichter eine ganz indifferente Sache bleiben, und sein Kopf und Herz müssen jede innere Stimme der höheren Menschheit, jeden Vorwurf des Gewissens als ein — wie Jarcke sich ausdrückt — „übertrieben subtiles Streben nach Genauigkeit", sogleich in der Geburt ersticken. Und dieß nennt eben derselbe Schriftsteller Gottes Strafamt auf Erden als ein unpartheiischer Richter vertreten."

„Alle diese Widersprüche fallen hinweg, wenn man die unselige Hypothese des Absolut-Bösen, welche die Basis der Theorie der unbedingten Freiheit ist, und damit die vermessene Idee fahren läßt, angeblich Gottes Richteramt auf Erden vertreten, und das Böse um des Bösen willen strafen zu wollen; wenn man vielmehr, im Sinne des rationalen Begriffs-Determinismus, den Rache- und Vergeltungsstrafen die Besserungs- und die Siche-

rungsstrafen substituirt. Denn wenn die Strafen darum da sind, um den Verbrecher wo möglich zu bessern und zugleich die übrigen Menschen vor ihm zu sichern, so bleibt ewig fest die Nothwendigkeit, ihn zu strafen; da braucht es keines ängstlichen Aufsuchens von (zuletzt die Criminaljustiz zerstörenden) Milderungs- und Begnadigungsgründen, indem die Strafen ja nur zum Nachtheil der eignen Besserung des Verbrechers, so wie zum Nachtheil der allgemeinen Sicherheit unterlassen würden."

„Jetzt verschwinden mit einmal alle Paradoxen, die nach der entgegengesetzten Ansicht unabweisbar blieben, und die Erforschung der Motive, so weit sie möglich ist, bleibt für den Richter keine indifferente Sache mehr, noch ein übertrieben subtiles Streben nach Genauigkeit; vielmehr wird sie ihm zum Fingerzeig dienen, den bisherigen schlechten Begriffen, die als Motive zum Verbrechen determinirten, durch angemessene Züchtigungen, Entbehrungen und Belehrungen neue bessere Motive zu substituiren. Und indem jetzt der Gesetzgeber im Allgemeinen, wie der Richter im besonderen Falle, wie schon oben angedeutet wurde, die Weisheit der Natur in der Einrichtung des Associations- und Begriffsvermögens, die auch in des Verbrechers Kopfe so gut, wie in dem des Tugendhaften wunderbar hervorleuchtet, mit Scharfsinn zu erforschen, zu studieren, und mit religiöser Gewissenhaftigkeit zu benutzen hat: so gestaltet sich jetzt das **punctum saliens** einer, des Namens würdigen, Strafrechtsphilosophie, aus der alle Inconsequenzen und Widersprüche, wie alle Barbareien und Versündigungen an der gefallenen Menschheit verschwunden seyn werden — als hohe und heilige Aufgabe für das Genie irgend eines philosophischen Juristen."

§. 92.

Diese Theorie, so wenig man ihr auch in den Prämissen und den daraus gefolgerten Prinzipen beistimmen kann, läßt jedenfalls einen tiefen Blick in die Unvollkommenheit der menschlichen Strafgerechtigkeit werfen, und eignet sich deshalb vorzüglich für diejenige Betrachtungsweise, von welcher der Verf. seither ausgegangen, nämlich die Unvollkommenheit der menschlichen Erkenntniß auf der einen Seite (in der Person des Gesetzgebers und Rich-

ters), und der sittlichen Schwäche — Sündhaftigkeit — auf der andern Seite (in der Person des Verbrechers), zur Humanisirung der Strafgesetze zu benutzen, wodurch allein eine menschlich gerechte Beurtheilung menschlicher Schuld und deren Grade möglich wird.

Wir wollen, vorzugsweise in dieser Richtung, den Ideengang dieser jedenfalls scharfsinnigen, aber, wie auf der einen Seite anziehenden, so auf der andern mehr noch abstoßenden Deduction (denn das sittliche Bewußtseyn im Menschen sträubt sich einmal gegen jeden Determinismus, d. h. das Läugnen der Selbstbestimmungsfähigkeit) in Kürze verfolgen und beleuchten.

Wahr ist es allerdings, daß in den Annalen der deutschen Gerichtshöfe eine Zeit bestand, und diese liegt nicht weit zurück, wo der von früheren Zeiten ererbte blinde Glaube an die Untrüglichkeit der Zurechnungsfähigkeit, welche Grolman und Feuerbach gar noch durch eine Präsumtion derselben verstärkten, in die entgegengesetzte Richtung auszuarten drohte, oder, wie sich Groos ausdrückt, daß die Regel fast zur Ausnahme wurde. Falsche (materialistische) gerichtsärztliche Theorieen, falsche Vorstellungen von der Sittlichkeit im Menschen, insbesondere von der Freiheit als Grund der Zurechnung, und eine tadelnswerthe Sucht immer neue Seelenkrankheiten zu entdecken, wohl auch falsches Mitleid mit dem Verbrecher, veranlaßten diese, aber nicht lange anhaltende Gährung, oder — wie sie Groos, ein eifriger Gegner von Nasse's Materialismus, nennt — Empörung. Die ganze Criminaljustiz gerieth in Gefahr, diesen falschen Theorieen geopfert zu werden, und die Gerichtshöfe mußten zum Theil sogar erst durch die Verbrecher selbst eines Besseren belehrt werden, ehe sie die über die Criminaljustiz hereinbrechende Gefahr in ihrer ganzen Größe erkannten. Doch hatte dieser Kampf das Gute, daß aus ihm das — freilich noch vielfach von den neueren Gesetzgebungen verkannte (Commentar über das württ. Str.G.B., Thl. 1 S. 686 fg.) — Prinzip hervorging, daß die große Kluft, welche zwischen der vollen Zurechnung, und dem alle Zurechnung ausschließenden Zustande liegt, durch eine gesetzliche Bestimmung auszufüllen sey, d. h. daß solche, in der Erfahrung häufig vorkom-

mende, den Grad der Strafbarkeit unläugbar vermindernde Mittelstände gesetzlich als Milderungsgründe der Strafe anerkannt werden müssen, wodurch nicht nur den Forderungen der Gerechtigkeit entsprochen, sondern zugleich allen künftigen Extremen wirksam vorgebeugt wird. Aber auch diese Anforderung des Rechts scheitert noch vielfach an den Consequenzen der, zunächst auf Abschreckung und überhaupt auf Criminalpolitik beruhenden Strafgesetzgebungen, welche in Gefahr geriethen, ihr ganzes Daseyn auf das Spiel zu setzen, wenn sie einen allgemeinen Milderungsgrund von dem Umfange anerkennen wollten.

Aber jedenfalls ist, selbst vom Standpuncte jener Gährungszeit, welche die bisherige Regel zur Ausnahme herabzusetzen strebte, und damit theilweise auch durchdrang, immer noch ein sehr bedeutender Schritt bis zum Läugnen aller Zurechnungsfähigkeit. Denn diese müßte eine völlige Umgestaltung der Strafjustiz zur Folge haben, während es sich von jenem Standpuncte nur davon handelte, in einzelnen Fällen schuldige Verbrecher freizusprechen. Freilich ist der Groos'sche Determinismus kein materialistischer, sondern ein rationaler oder Begriffsdeterminismus (er nennt ihn auch, im Gegensatze von jenem, einen beseelten Determinismus, und verbindet diese Ausdrücke wohl auch mit einander, nämlich: rationaler Begriffsdeterminismus, beseelter Begriffsdeterminismus); aber seinen Wirkungen, wenigstens seiner nächsten Wirkung nach, bleibt der Determinismus sich immer gleich, man mag ihn so oder anders nennen, man mag ihn auf diese oder auf jene Weise begründen. Ja selbst der von Groos entschieden zurückgewiesene Fatalismus wäre für das Fortbestehen der Strafjustiz, wie sie seit Menschengedenken ausgeübt wurde, weniger bedenklich. Denn ganz richtig begegnen die Richter in den auswärtigen Colonieen England's der Einrede des an Fatalismus hängenden Verbrechers: „er sey zu dem von ihm verübten Verbrechen vorher bestimmt gewesen", durch die Replik: „so sey er denn auch zur Erleidung der gesetzlichen Strafe prädestinirt."

Indeß fragt es sich vom wissenschaftlichen Standpuncte zunächst nicht danach, welche Veränderungen diese oder jene Ansicht

in den bürgerlichen Zuständen hervorbringen würde (obwohl je größer die dadurch gebotenen Aenderungen sind, dieß von vorneherein ein gewisses Mißtrauen erzeugt, und dadurch zu einer um so gründlicheren Prüfung auffordert); sondern die Frage ist zunächst die, ob die neu aufgestellte Ansicht erwiesen, ob sie gründet sey?

Feuerbach, welcher ebenfalls, wenigstens eine Zeitlang, die menschliche Freiheit als Grund der Zurechnung läugnete, substituirte ihr wenigstens die Abschreckungsfähigkeit (§. 45). Allein Groos weiß, und darin muß man ihm recht geben, an die Stelle der von ihm geläugneten Freiheit des Willens (in dem gewöhnlich angenommenen Sinne) Nichts zu setzen. Aber die Gründe seines Läugnens sind von anderer Art als bei Feuerbach.

Er geht nämlich von der Selbstbestimmungsfähigkeit der Menschen, als unzweifelhafter Thatsache unseres Bewußtseyns, aus.

„Wer anders als ein Unsinniger, fragt er (a. a. O. S. 17), könnte und wollte die Selbstbestimmungsfähigkeit durch eignen Entschluß, die eine offenbare Thatsache ist, in Zweifel ziehen?"

Allein er spricht, wohl erwogen, nicht von einer solchen durch „freien", sondern nur durch „eignen" Entschluß. Zwischen beiden besteht aber ein wesentlicher Unterschied. Denn Selbstbestimmungsfähigkeit durch freien Entschluß ist Läugnen alles, es sey materiellen oder rationalen, Determinismus; hingegen Selbstbestimmungsfähigkeit (nur) durch eignen Entschluß läßt noch dem rationalen Determinismus Raum, weil und inwiefern dieser eigne Entschluß auch ein geistig determinirter seyn kann. Und gerade das ist die Ansicht von Groos, obwohl nicht einzusehen ist, wie mit dieser Ansicht der, gleichwohl von ihm gebrauchte Begriff der Selbstbestimmungsfähigkeit (als ein sich selbst bestimmen können, im Gegensatze des sich mit Nothwendigkeit bestimmen lassen) vereinbar ist? Er muß sich daher entweder etwas Anderes darunter denken, oder darüber im Irrthum seyn, oder Andere täuschen wollen, welches letztere aber gewiß nicht in seiner Absicht lag, weil er offen und ehrlich genug auftritt.

Die Selbstbestimmungsfähigkeit, meint Groos, könne nur durch „Motive" angeregt werden, und diese, die Motive, können

nicht ohne „Vorstellung" (Begriff) als wirksam gedacht werden. Denn jedes Gefühl, jede Begierde, müsse, ehe sie zur That werde, erst eine Vorstellung, erst den „Begriff" erregt haben, daß nämlich das Begehrte ein Gut oder ein Uebel sey. Können nun aber die Motive „nur als Verstandesbegriffe" (vom Guten und Uebel, die als solche erkannt, und daher begehrt oder verabscheuet werden) wirksam auf die Selbstbestimmungsfähigkeit seyn: so sey auch „die Wahl" unter diesen Motiven nur eine Verstandesoperation, insofern also von der „Beschaffenheit des Verstandes" abhängig, also davon, ob der Mensch falsche oder richtige Begriffe habe — mithin von dem Grade seiner Verstandesbildung durch Erziehung, Beispiel ꝛc., so wie von seinen Talenten, seinem Temperamente, und andern günstigen und ungünstigen Constellationen (a. a. O. S. 23). Der Verstand „wähle" allerdings unter mehreren Motiven dasjenige, welches die Selbstbestimmungsfähigkeit in Anspruch zu nehmen habe; er wähle „durch eigenen Entschluß", aber dieser eigene Entschluß sey die „nothwendige Folge" des Uebergewichts, welches je nach den wahren oder falschen Begriffen vom wahren oder Scheinguten und vom wahren oder Scheinübel, das siegende Motiv auf die übrigen gewinne. Jede Wahl des Menschen fließe also aus dem eigenen Entschlusse desselben, und sey sein wahrer und ernster Wille; nichts desto weniger höre sie darum nicht auf, eine, zuletzt und metaphysisch genommen, „nothwendige" Wahl zu seyn.

Die Selbstbestimmungsfähigkeit durch eigenen Entschluß (so wollen wir sie immerhin nennen) ist also hiernach nur eine scheinbare, und die Thatsache unseres Bewußtseyns, worauf dieselbe beruht, näher betrachtet, nur eine Täuschung. Zu einem andern Resultate kann auch der Determinismus, er sey der einen oder der andern Art, niemals führen. Zur Widerlegung desselben braucht indeß nicht wiederholt zu werden, was bereits bei Feuerbach's Theorie (§. 56) vom Standpuncte jener, auch von Groos anerkannten Thatsache unseres Bewußtseyns, „die nur ein Unsinniger läugnen könnte", ausgeführt worden ist.

Doch auch zugegeben, daß Groos sich hier nicht widerspreche, mit andern Worten, daß nach der von ihm aufgestellten

Unterscheidung zwischen Selbstbestimmungsfähigkeit durch eigenen, und durch freien Entschluß, die Thatsache unseres Bewußtseyns nur jene, nicht auch diese ergebe: so entsteht die, schon bei andern Theorieen in gleicher oder ähnlicher Richtung aufgeworfene Frage, ob Groos den Inhalt jener Thatsache unseres Bewußtseyns richtig erkannt, oder nicht vielmehr mißverstanden habe? Und diese Frage muß entschieden gegen Groos beantwortet werden. Denn die Betrachtung der menschlichen Natur und das erfahrungsmäßige Handeln der Menschen ergiebt, daß das Bewußtseyn der Selbstbestimmungsfähigkeit (der Freiheit des Willens), wie solches dem Menschen innewohnt, den Satz ausdrückt: daß der Mensch, als vernünftig sinnliches Wesen, das Vermögen habe, und sich dieses Vermögens bewußt sey, entweder nach seiner vernünftigen oder nach seiner sinnlichen Natur zu handeln, und daß eben darauf die Möglichkeit einer Zurechnung zum Verdienste wie zur Schuld beruhe. Denn zurechnen (auf Jemandes Rechnung setzen) heißt, daß der Handelnde für etwas stehen könne und müsse, daß es von ihm abhängig war, die als die seinige erschienene Handlung nicht erscheinen zu lassen. Damit ist aber jeder, wenn auch noch so fein angelegte Determinismus unvereinbar, und ist dieser, als der Thatsache unseres Bewußtseyns widersprechend, zurückzuweisen: so kann der Verbrecher, wenn er sich in einem solchen Zustande befand, daß er, so weit wir die menschliche Natur beurtheilen können, nach entgegengesetzten Vorstellungen handeln konnte, niemals „als ein Opfer des unerbittlichen Schicksals" angesehen werden. Insofern kann und muß man zwar Groos zugeben, daß der Mensch nur nach Vorstellungen handeln könne; nicht aber auch, daß, wenn der Mensch nach gewissen — sittlichen oder sinnlichen — Vorstellungen handelte, er nothwendig derjenigen Vorstellung folgen mußte, der er gefolgt ist, also nicht auch der entgegengesetzten Vorstellung folgen konnte. Freilich, da er einmal dieser oder jener Vorstellung gefolgt ist, so mußte daraus mit Nothwendigkeit die Handlung hervorgehen, d. h. wir können uns nicht anders denken, als daß die Handlung erfolgen mußte, weil er nun einmal dieser, und nicht der entgegengesetzten Vorstellung gefolgt ist. Dieß drückt aber keinen

Determinismus, sondern mit andern Worten nur aus, daß der Mensch einer gewissen Vorstellung gefolgt sey, und aus dieser mit Nothwendigkeit das Handeln hervorging. Fragen wir doch nur den, nicht in Selbsttäuschung befangenen, Verbrecher, oder wer sonst eine schlechte Handlung beging, wie ihn sein Gewissen anklage — ob er die Schuld sich selbst zuschreibe, oder auf Rechnung ungünstiger Constellationen des Temperaments, des Mangels an Verstandescultur oder Talenten ꝛc. setze: so wird die Antwort hierauf immer die seyn, daß jene Umstände seinen Fall zwar erleichterten, nicht aber, daß sie die nothwendige Ursache desselben waren. Sonst könnte es auch kein Gewissen der Menschen geben.

Was nun dem Staat am mehrsten fromme, ob der Mensch mit Selbstbestimmungsfähigkeit (Freiheit des Willens) handle oder ohne eine solche, wie diese Frage von Groos berührt ist, das geht die Frage über Zurechnungsfähigkeit nichts an, weil der Staat mit Gott nicht darüber hadern kann, wie er die Menschen geschaffen hat. Aber Gottes Weisheit hat gewiß auch hier das Rechte getroffen.

Aber Groos tritt noch mit andern Waffen gegen die Freiheitstheorie auf, die wir hier nicht unberührt lassen dürfen. Er sagt nämlich (a. a. O. S. 59 fg.): „Aus dem Satze, daß durch den Hinzutritt des rein vernünftigen und des rein sinnlich thierischen Prinzips im Menschen die Möglichkeit von Verdienst und Schuld gegeben sey, ergiebt sich das auffallende Paradoxon: Schuld soll erst durch den Hinzutritt des höheren Prinzips im Menschen, Verdienst erst durch den Hinzutritt des niederen Prinzips im Menschen möglich werden. Die höhere Natur „verdirbt" also den fehlenden Menschen durch die Schuld, die niedere „veredelt" den höheren Menschen durch das Verdienst. Endlich ist es, wenn sich der Mensch Verdienste zuschreibt, widersprechend, den reinen Vernunftwesen dasselbe abzusprechen, also den sinnlichen Wesen etwas zukommen zu lassen, was über den Sternen den seligen Geistern abgeht".

Allein dieß sind nur Scheineinwendungen. Denn vorerst besteht zwischen den Sätzen: die höhere Menschennatur „verdirbt"

den Menschen durch die Schuld (das kann sie niemals thun), und: durch die höhere Menschennatur wird erst eine Zurechnung zur Schuld „möglich", ein wesentlicher Unterschied, indem der letztere Satz nur ausdrückt, daß, wenn der Mensch nur thierisches (sinnliches) Wesen wäre, ihm gleich dem Thiere nichts zur Schuld zugerechnet werden könnte, weil er dann genöthigt wäre, den zwingenden Gesetzen der thierischen Natur zu folgen. Eben so wenig könnte dann eine Zurechnung zum Verdienste gedacht werden. Und umgekehrt: die niedere (thierische Natur) „veredelt" nicht den höheren Menschen durch das Verdienst (das kann sie eben so wenig), sondern durch sie wird erst eine Zurechnung zum Verdienste „möglich", weil, wenn der Mensch reines Vernunftwesen wäre, er nicht anders, denn als solches, mithin nur vernunftgemäß handeln könnte, was abermals die Möglichkeit einer Zurechnung, zum Verdienste wie zur Schuld, ausschließen würde. Endlich beruht es auf einer Ueberschätzung des menschlichen Verdienstes, wenn Groos die seligen Geister über den Sternen — die er sich als reine Vernunftwesen denkt — gleichsam bemitleidet, daß sie des Verdienstes (aber auch, was er nicht berührt, der Schuld) entbehren müßten. Wir dürfen vielmehr hoffen, daß sie ihre Glückseligkeit in etwas Höherem als in dem bloßen Bewußtseyn schwachen menschlichen Verdienstes finden werden, noch ist es überhaupt gestattet, die Räthsel dieser Welt durch Hereinziehen der noch größeren jener Welt zu erschweren.

Wenn ferner Groos den „Erfahrungssatz", daß der Mensch frei sey, läugnet, weil der Affectvolle und der Leidenschaftliche (und ohne Affect oder Leidenschaft werde nie ein Verbrechen begangen, a. a. O. S. 35 und 70) sich vielmehr in einem Zustande der Gebundenheit, der Unfreiheit, befinde; wenn er weiter (a. a. O. S. 135) bemerkt, daß — weil Niemand ohne Affect und Leidenschaft geboren werde — es der Natur spotten und das wirklich Unmögliche fordern heiße, von dem „nicht mit seinem Willen" in Jähzorn Versetzten zu verlangen, daß er in diesem Zustande überlegen solle; wenn er endlich dem Einwande, daß der Verbrecher durch eigne Schuld sich in den Zustand des Affects und der Leidenschaft versetzt habe, den Satz entgegenstellt, daß dieß ein Ha-

dern mit Gott wäre, welcher den Menschen einmal so geschaffen habe: so genügt es dagegen auf die richtig verstandene, aber von Groos verkannte, Thatsache unseres Bewußtseyns zu verweisen, welche den Anfangs- und den Endpunct aller Untersuchungen über die Willensfreiheit des Menschen bildet. Allerdings kann man Groos darin nicht widersprechen, daß der im Affect oder in der Leidenschaft Handelnde (wobei es aber auf einer Verwechselung dieser Zustände mit der Sinnlichkeit überhaupt beruht, wenn Groos die Thesis aufstellt: jedes Verbrechen setze Affect oder Leidenschaft voraus) sich — vorübergehend — in einem Zustande der Gebundenheit befinde. Allein der Erfahrungssatz, daß der Mensch frei sey, soll ja nicht den widersinnigen Satz ausdrücken, daß sich erfahrungsmäßig alle Menschen in dem ungestörten Besitze und Genusse der sittlichen Freiheit befinden (denn dann könnten überhaupt keine Verbrechen begangen werden), sondern nur, daß sich in dem erfahrungsmäßigen Handeln des Menschen, selbst des im Affect oder in der Leidenschaft Handelnden, das Bewußtseyn — und die Fähigkeit dazu — nach entgegengesetzten Vorstellungen handeln zu können, und bei Uebertretungen, handeln zu sollen, offenbart.

Darin muß man aber Groos in seiner weiteren Entwickelung vollkommen beistimmen, daß die menschliche Strafgerechtigkeit vom Standpuncte der gemeinen, auf Willensfreiheit beruhenden Imputationslehre, eine sehr unvollkommene, weil menschliche, ist. Nicht nur giebt es der zweifelhaften Seelenzustände, selbst der s. g. Mittelfälle, von welchen oben die Rede war, sehr viele, über deren Annahme oder Verwerfung in dem gegebenen Falle entweder der schwankende Zustand der Criminalpsychologie und gerichtlichen Arzneiwissenschaft entscheidet, oder eine oft nur geringe Stimmenmehrheit des Gerichts erster Instanz, oder — vielleicht unter gleichen Umständen — die entgegengesetzte Ansicht der höheren Criminalbehörde, die dann leicht in einem andern Falle, weil inzwischen anders zusammengesetzt, oder zu einer besseren Ueberzeugung gelangt, oder auf den Vortrag eines geschickteren und gewandteren Referenten, in entgegengesetzter Weise entscheiden kann. Aber nicht nur dieses, sondern auch der wahre Grad der Ver-

schuldung (oder, wie Groos sagt, der Imputation) des Verbrechers, ist für den irdischen Richter niemals mit Sicherheit erkennbar, sondern liegt nur dem ewigen Gewissensrichter, „der da die Herzen und Nieren des Menschen prüft", zu Tage, so daß es freilich Vermessenheit wäre, mit Jarcke dem irdischen Richter das Richteramt Gottes, als dessen Stellvertreter auf Erden, ausüben zu lassen. Da verbrecherische Entschlüsse und Neigungen nicht gleich dem Unkraute in Einer Nacht aufzuschießen pflegen, sondern mit unsichtbaren Fäden an den ganzen inneren Menschen, und zugleich an dessen äussere Verhältnisse, Zustände, Erfahrungen und Schicksale gekettet sind: so müßte, zur Ausmittelung des wahren Grades der Verschuldung, der irdische Richter im Stande seyn, die ganze Kette dieser Verbindungen und Wechselwirkungen vom ersten bis zum letzten Gliede aufzufinden, und danach die Größe der wirklich verdienten Strafe bemessen. Da dieß aber weit über die Kräfte, und zugleich über die Sphäre des Richters hinausreicht, so muß man sich freilich bei dem Satze beruhigen, daß dem Staat und den Gerichten nicht das Unmögliche, sondern nur das Mögliche auferlegt werden könne. Allein damit ist nicht gesagt, daß man, wie häufig geschieht, diesen Gemeinspruch dazu benutzen dürfe, um sich aus demselben einen bequemen Ruhe- und stolzen Paradesitz zu bereiten.

Der Satz: dem Staat und den Gerichten kann nicht das Unmögliche auferlegt werden, drückt mit andern Worten die Fehlbarkeit, überhaupt die Unvollkommenheit der menschlichen Strafgerechtigkeit aus, und an diesen Gedanken knüpft sich von selbst der weitere Gedanke, daß der Richter um so besorgter, gewissenhafter und ängstlicher in der Ausübung der Strafrechtspflege seyn, und im Allgemeinen mehr für Milde und Humanität, als für Strenge und durchgreifende Schonungslosigkeit (die freilich schon die Ueberbürdung unserer inquisitorischen, nur halb instruirten, Strafgerichte unvermeidlich mit sich bringt) gestimmt seyn soll. Denn er straft auf einem durchaus unsicheren Boden, und wenn man auch diesen Boden den juridischen, im Gegensatze von dem moralischen, nennt, so ist es doch einleuchtend eines Theils, daß der bloße Name keine Sicherheit da gewähren kann, wo solche

unmöglich ist; andern Theils, daß mit dem Aufgeben des Gegensatzes von Recht und Moral im Sinne der Kant-Fichte'schen Rechtslehre, von selbst auch jener Gegensatz verschwindet, mithin die so genannte juridische Beurtheilung des Grades der Verschuldung, die moralische, aber freilich eine höchst mangelhafte, unsichere und trügerische moralische Beurtheilung ist.

Aber jener Gemeinspruch, in Verbindung mit dem Zauberworte: juridische Beurtheilung, wodurch angeblich alles Moralische ausgeschlossen seyn soll, erzeugt umgekehrt in der Person des Richters sehr häufig den Glauben an eine Unfehlbarkeit und Untrüglichkeit der menschlichen Strafgerechtigkeit. Denn, da er der Mühe enthoben wird, den wahren Grad der Verschuldung, als ein ihm doch unerforschliches Moment, zu ermitteln, und deshalb an einen beschränkteren, bequemeren, und bei einiger Uebung leicht zu treffenden Standpunct der Beurtheilung gewiesen ist: so muß daraus, wenn sich der Richter nicht stets des tieferen Sinnes jenes Gemeinspruchs, und der Täuschung des Begriffs der juridischen Imputation bewußt ist, unvermeidlich jene Folge entstehen. Und wenn dann unsere Richter den oft bitter scharfen Tadel, den die Vertheidiger der moralischen und der juridischen Besserungstheorieen — Inländer, wie geist- und gemüthreiche Ausländer, z. B. Roscoe, Lucas und Andere — nicht aus Tadelsucht, sondern im Interesse der Humanität, über die bestehende, und seit Jahrhunderten bei allen civilisirten Völkern bestandene Strafgerechtigkeit aussprechen, durch die kurze Bemerkung beseitigen, daß diese Theorieen alles rechtlichen Fundaments entbehrten: so fragt es sich vorerst, ob diejenige Theorie, von welcher sie ausgehen, namentlich die so geläufige und weit verbreitete Abschreckungs- oder psychische Zwangstheorie, sich eines besseren Fundaments zu erfreuen habe? Und sodann: ob nicht, ungeachtet der Verwerfung der Besserungstheorie als solcher, gleichwohl das an ihnen unwiderleglich sey, daß sie die Unvollkommenheit der menschlichen Strafgerechtigkeit in das wahre Licht stellen, und daher von dieser Seite nicht nur Beachtung, sondern dringende Berücksichtigung verdienen, um wenigstens annäherungsweise menschliche Schuld mehr menschlich zu beurtheilen? Und

so benutzt, gewährt auch die Groos'sche Deduction, obgleich im Ganzen verfehlt, ein hohes Interesse.

Aber weniger den Richtern, als den Gesetzgebern kann man es zur Last legen, daß sie jener Verhältnisse so wenig eingedenk sind. Der Gesetzgeber ist es vorzugsweise, der den Richter erzieht, und letzterer weiß sehr wohl zu unterscheiden, was er auf seine, und wie viel er auf des Gesetzes Verantwortung zu setzen habe. Der Gesetzgeber verdirbt aber den Richter, wenn er, statt seine Gesetzgebung den Gedanken der Fehlbarkeit der menschlichen Einsicht (also auch seiner eignen), und der Gebrechlichkeit der menschlichen Natur (die nicht bloß dem Verbrecher anklebt) durchdringen zu lassen, vielmehr mit terroristischer Strenge und Consequenz durchgreift, und dadurch nicht nur die natürliche Unvollkommenheit der bürgerlichen Strafgerechtigkeit künstlich steigert, sondern auch dem, an den Buchstaben des Gesetzes gefesselten, Richter den Glauben an Untrüglichkeit gleichsam aufdringt. Ein solches Richten über den Verbrecher, ohne über den Menschen, findet in der unnatürlichen Trennung der untersuchenden von der erkennenden Strafbehörde ihre zweite Hauptstütze. Sehr wahr, bemerkt ein tüchtiger Baden'scher Praktiker, der Staatsanwalt Bayer (Annalen der Baden'schen Gerichte 1843 S. 167), daß in dem bestehenden deutschen Verfahren der Richter über die Zurechnungsfähigkeit wie ein Blinder über die Farbe urtheile.

Allerdings bringt es die Unvollkommenheit der bürgerlichen Strafjustiz mit sich, daß den Gerichten gewisse Schranken für ihre Beurtheilung gesetzt werden müssen, aber auch nicht weiter, als zu diesem Behuf unumgänglich nöthig ist. Alle weiteren, namentlich von dem Abschreckungsprinzipe entlehnten Schranken sind ungerecht, und führen zugleich dahin, die Zahl der Milderungsgründe unnatürlich zu beschränken — um es der Gnade zu überlassen, unter dem Namen Gnade Recht zu sprechen, was offenbar widersprechend ist. Wie sollte es überhaupt nicht möglich seyn, dem Richter zur Aufgabe zu machen, wenigstens approximativ (denn weiter reicht einmal die menschliche Gerechtigkeit nicht) den wahren Grad der Verschuldung auszumitteln, statt ihn mit einer halben, oder weniger als halben Ausmittelung sich begnügen zu

lassen? Läßt sich doch der Inquirent, gegenüber von dem laugnenden Angeschuldigten, keine — oft Jahre lange — Mühe verdrießen, alle persönlichen und sachlichen Verhältnisse ꝛc. mit der scrupulosesten Sorgfalt aufzusuchen, um wo möglich einen genügenden Indicienbeweis gegen ihn herzustellen. Diese Momente werden dann von dem erkennenden Richter benutzt, um auf deren Grund das Schuldig auszusprechen, dann aber, als angeblich moralische Momente, für die Ausmittelung des Grades der Verschuldung mehr oder minder unbenutzt gelassen, ja sogar absichtlich bei Seite gelegt. Allein, so gewiß sie dort, eben so gewiß müssen sie auch hier benutzt werden können, namentlich dann, wenn das Gesetz die Gerichte von aller potiven (gesetzlichen) Beweistheorie emancipirt, und sie damit auf den Boden der moralischen Ueberzeugung stellt. Hier wird man doch nicht mehr von einer juridischen, im Gegensatze der moralischen Beurtheilung reden wollen? Ist aber damit die eine Hälfte jenes erkünstelten Gegensatzes gefallen, so entbehrt die zweite noch übrig bleibende nicht nur alles Sinnes, sondern ist reiner Widerspruch.

So benutze also der Gesetzgeber und der Richter die moralischen und die juridischen Besserungstheorieen wenigstens dazu, um die unverkennbaren Gebrechlichkeiten der menschlichen Strafjustiz kennen zu lernen, und ihnen im Sinne der Humanität abzuhelfen, so weit eine Abhülfe möglich und zulässig ist. Nur dürften dieselben schwerlich geneigt seyn, diejenigen Mittel in Anwendung zu bringen, welche Groos zu diesem Behuf vorschlägt. Denn von einer Strafgerechtigkeit, wie er sich solche denkt, oder vielmehr von seinem Surrogate derselben, kann man sich keine rechte Vorstellung machen. Seine beseelt determinirten Verbrecher gehören entweder in ein Irrenhaus, oder in ein Pädagogium für erwachsene Leute, und obendrein wäre Niemand zu finden, der sich dem schweren Geschäfte ihrer Begriffsbesserung unterziehen könnte.

Wir wollen, der Merkwürdigkeit halber, einige Aeusserungen von Groos über diesen Punct zusammenstellen. Er spricht anfangs nur von einer „Züchtigung", wie wenn diese das sicherste pädagogische Mittel wäre, dann aber sagt er allgemeiner: „der Mörder verdient nicht die Strafe des Schwerdts, sondern, auſſer

der Sicherung Anderer vor ihm, den pädagogischen Versuch der Besserung mittelst Entbehrung, Belehrung und Züchtigung, die um so empfindlicher seyn muß, je größer das begangene Uebel war." Letzteres ist aber inconsequent. Nach dieser Theorie kann nämlich das Maaß des Besserungsübels (denn Strafe darf man nicht sagen) nicht von der Größe des begangenen Uebels (statt des hier gleichfalls unanwendbaren Begriffs des Verbrechens) abhängig gemacht werden, sondern hinge vielmehr davon ab, wie bald, ob früher oder später, es den Vorgesetzten, oder richtiger Lehrern jener Anstalten gelingen würde, „neue Associationen und Begriffe in dem Vorstellungsvermögen des Uebelthäters (denn man darf nicht sagen: des Verbrechers) und damit eben so viele neue, bisher fehlende, Motive zu erzeugen, welche ihn mit deterministischer Nothwendigkeit zum Guten bestimmen." An einer Stelle (a. a. O. S. 140) vergißt sich Groos gar so weit, daß er Verbrechen für nichts anderes als „Bubenstücke" erklärt, um sie durch dieses **qui pro quo** in das „Pädagogium für erwachsene Knaben" — seine deterministische Besserungsanstalt — zu bringen. Weiter sagt er, (im Kap. 6): der Zweck der Strafe könne vernünftigerweise nur in der Vorbeugung von Uebelthaten bestehen, weshalb unter Umständen (die aber nicht leicht eintreten dürften) auch die Todesstrafe nach dem Determinismus als gerecht erscheine. Eben so wenig stehe damit der Besserungsversuch des Uebelthäters im Widerspruch, indem Entbehrungen, Züchtigungen, Belehrungen ꝛc. gerade zu neuen nothwendigen Ursachen würden, um denselben für die Zukunft zu gesetzmäßigen Handlungen zu determiniren.

Doch diese Seite der Deduction, einen so großen Werth auch Groos auf dieselbe legt, ist zu abstoßend, um noch länger bei ihr zu verweilen, weshalb wir auf eine ihr verwandte Theorie übergehen, welche gerade jetzt, auch in Deutschland, sehr bemüht ist, sich Geltung zu verschaffen, obgleich ihr dieß so wenig, wie jedem andern Determinismus gelingen wird. Es ist das auf Gall's Schädellehre gebauete s. g. phrenologische System, welches unter Anderem auch eine völlige Umgestaltung der menschlichen Strafgerechtigkeit in Anspruch nimmt.

§. 93.

c. Das phrenologische System.

In einem Aufsatze v. Struve's in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, herausgegeben von v. Jagemann und Nöllner, Thl. 3 S. 163 fg., werden die Grundideen des phrenologischen Strafsystems nach des Schottländers George Combe bekannten Werke: Ueber das Wesen des Menschen, so dargestellt:

„Es ist nicht zu läugnen, daß die Menschen mit verschiedenen geistigen Anlagen, sowohl moralischen, intellectuellen, als sinnlichen geboren werden. Es fragt sich nur, welches die primitiven, von der Natur ihnen zugetheilten Kräfte sind, und ob diese vermittelst eines körperlichen Organes in Thätigkeit treten? Die Phrenologie lehrt, daß der Geist des Menschen nicht anders als vermittelst eines körperlichen Organs in Thätigkeit treten kann, bezeichnet genau die verschiedenen Organe des Geistes, und weist jeder natürlichen Anlage ihren Sitz an. Indem sie solchergestalt die Werkzeuge nachweist, mit welchen der Geist arbeitet, führt sie uns gewissermaaßen in die geistige Werkstätte ein, und enthüllt uns Geheimnisse, die demjenigen immer verborgen bleiben, welcher diese Werkstätte nicht betreten, die Werkzeuge nicht ins Auge gefaßt hat. Die Phrenologie hat, wie alle Wissenschaften, ihre äussere und ihre innere Seite. Wer sich damit begnügt, Thatsachen zu erfassen und an einander zu reihen, ohne auf ihren inneren Zusammenhang zu achten, wer bei der äusseren Erscheinung stehen bleibt, und darin nur die von der Wissenschaft festgestellten Erkennungszeichen sieht, ohne einzugehen in die Tiefen des Seelenlebens, welche sie erschließt, dem ist die Wissenschaft fremd geblieben. Wer nur meint, der Werth der Phrenologie bestehe darin, an gewisse äusserlich erkennliche Erhöhungen und Vertiefungen des Schädels die Erkenntniß gewisser Eigenschaften der Seele zu knüpfen, ist dem zu vergleichen, welcher glaubt, die Strafrechtswissenschaft bestehe in der Kenntniß der für Verbrechen erklärten Handlungen und ihrer Strafen."

„Die Phrenologie lehrt uns achten auf die Beschaffenheit des Gehirns nach Qualität, Quantität und Gestalt. Die Quantität oder Masse des Gehirns ist äusserlich erkennbar, desgleichen die

Gestalt desselben; denn es ist durch die Erfahrung festgestellt, daß, mit einer verhältnißmäßig unbedeutenden Ausnahme, die äussere Form des Schädels der inneren Bildung des Gehirns vollkommen entspricht. Die Qualität ist allerdings nicht so leicht zu erkennen. Sie muß durch Schlüsse aus dem Temperament, der Geschichte und der übrigen Körperbeschaffenheit des Menschen ermittelt werden. Während die Psychologen bisher ohne alle Rücksicht auf die Körperbeschaffenheit des Menschen, gewöhnlich mit Zugrundlegung ihrer eigenen geistigen Richtungen, die verschiedenen Seelenkräfte feststellten, eintheilten und besprachen, nehmen die Phrenologen nur diejenigen Seelenkräfte an, welche die Erfahrung als bestehend und in Verbindung mit einem Organe des Gehirns wirkend nachgewiesen hat. Die Phrenologie ruht also auf dem festen Boden der Erfahrung, welcher der bisherigen Seelenlehre größtentheils mangelte."

„Schon die äussere Seite der Phrenologie ist höchst interessant. Sie lehrt uns auf den ersten Blick in der hohen Wölbung des Hauptes hohe moralische Eigenschaften, in der gewaltigen, weit hervorragenden Stirne große Intelligenz, in einem starken Hinterkopfe starke sinnliche Triebe erkennen. Sie bleibt aber nicht bei diesen Allgemeinheiten stehen, sie zeigt uns die Ehrfurcht (auch Religiosität genannt) an der höchsten Stelle des Hauptes, umgeben von Hoffnung, Wohlwollen und Characterfestigkeit; Gewissenhaftigkeit schließt sich nach der hinteren, der Sinn für das Wunderbare und das Schöne nach der vorderen Seite zu an. Die Nachahmungsgabe vermittelt den Uebergang zu den Organen der Intelligenz, unter denen die Causalität oben ansteht; Selbstgefühl (im Extrem Stolz und Hochmuth) bildet den Uebergang zu den sinnlichen Trieben. Diese, wenn nicht durch Intelligenz und Moral gezügelt, sind die Urheber alles Uebels auf Erden, und weisen uns insbesondere den letzten erkennbaren Grund der Verbrechen an. Alle dolosen Verbrechen lassen sich zurückführen auf erhöhte Thätigkeit folgender Triebe, welche ihren Sitz in dem sinnlichen Theile des Kopfes haben: Geschlechtstrieb zunächst am Halse; Bekämpfungstrieb auf beiden Seiten neben an, den Ohren zu; Zerstörungstrieb weiter aufwärts an beiden Sei-

ten gerade über dem Ohr; Erwerbtrieb an beiden Seiten etwas weiter vorwärts, und das bereits oben genannte Selbstgefühl. Alle culposen Verbrechen haben ihren Grund in zu schwacher Thätigkeit der Gewissenhaftigkeit und der Causalität."

„Indem die Phrenologie die letzten Gründe aller Verbrechen prüft, zeigt sie uns, daß sie entweder in ursprünglich unglücklicher Anlage, oder in krankhafter Aufregung dieser Organe bestehen, wozu noch der dritte Fall der Unwissenheit oder mangelnder Bildung kommt. In allen diesen Fällen ist der Verbrecher mehr unter dem Gesichtspuncte eines moralisch Kranken zu betrachten, welcher unser Bedauern, und unsern Wunsch ihn zu bessern, erregen soll, als unter dem Gesichtspuncte eines Uebelthäters, der unsern Zorn und unsere Rache verdient."

„Bis zum heutigen Tage steht das Strafrecht viel zu sehr unter dem Einflusse des Zerstörungstriebes, oder überhaupt der sinnlichen Triebe. Der Verbrecher soll ein Uebel erleiden, für das Uebel das er gethan, dieses ist der Hauptgrundsatz unseres Strafrechts noch heute, obgleich man allerdings von dem jus talionis in seiner buchstäblichen Strenge längst abgewichen ist Unsere Strafgesetzgebung ist weit zurückgeblieben hinter den Lehren der Moral. Das alte Testament zeigt im Strafrechte, wie in der Moralgesetzgebung, eine den damaligen Zeiten entsprechende Härte, das neue stellt andere Grundsätze auf. In welchem Contraste steht mit diesen Lehren unsere Strafgesetzgebung! Achtzehnhundert Jahre nach Christi Tod geht noch Leben um Leben, als hätte Christus nicht gelehrt. Die Phrenologie kommt zu denselben Resultaten, wie das erleuchtete Christenthum, weil jede gute Religion und jede gute Philosophie nothwendig zu denselben Zwecken sich verbinden. Die Phrenologie lehrt den Verbrecher als moralisch Kranken behandeln, und sichert so die Gesellschaft nicht nur weit mehr als das Uebel verhängende Strafrecht, sondern giebt ihr ihn auch gebessert zurück."

„Dieser eine Gesichtspunct: „die Verbrecher sind moralisch Kranke" hebt uns auf einmal über die allerschwierigste Frage des Strafrechts, nämlich die Frage der Zurechnungsfähigkeit, gänzlich hinweg. Ob ein Mensch seinen Mitmenschen erschlagen hat,

weil sein Zerstörungstrieb oder sein Erwerbtrieb momentan krankhaft aufgeregt war, oder weil er es immer ist, oder endlich weil eine schlechte Erziehung und böses Beispiel ihn die Heiligkeit des Menschenlebens nicht gewahren ließen: in allen diesen Fällen ist es im Interesse der Gesellschaft, wie des Kranken, daß er in einer „moralischen Heilanstalt" nicht bloß verwahrt, sondern auch zum Zweck seiner Besserung geeignet behandelt werde. Ein neuer Beleg für die Wahrheit dieser Ansichten ist, daß bei dieser Behandlung auch das Interesse der Gesellschaft und des moralisch Verirrten, oder nach jetziger Sprachweise, des Verbrechers überall zusammentrifft."

„Die Phrenologie lehrt uns bei der Strafgesetzgebung, der Strafausmessung, und dem Strafvollzuge, in die Tiefen des menschlichen Gemüths eindringen, solche Strafen androhen, welche am meisten geeignet sind, die bösen Triebe zu unterdrücken (indem sie gewissermaßen das Gegengift für das Gift schon in Bereitschaft zeigt); sie wendet dieses Gegengift im einzelnen Falle an, und sorgt dafür, daß der Kranke aus der Anstalt nicht eher entlassen werde, bis daß es gewirkt, bis daß es das Gift zerstört, den Kranken geheilt hat."

„Vergleichen wir hiermit das System unserer herrschenden Strafgesetzgebung, Strafrechtspflege und Strafvollziehung — welcher Unterschied!"

„Auf die Lehren Christi: „Liebet eure Feinde, segnet die euch fluchen, thut wohl denen, die euch hassen", u. s. w. ist dabei natürlich keine Rücksicht genommen, aber eben so wenig auf gesunde Philosophie und auf die warnende Stimme der Erfahrung. Holzstoß und Rad sind zwar, obgleich noch nicht überall, abgeschafft, allein Galgen, Fallbeil und Schwerdt sind noch in Thätigkeit. Es wird eine Zeit kommen, und, die Phrenologie ist Bürgin, sie sey nicht ferne, da auf unserem heutigen Strafrechte derselbe Blick wehmuthsvollen Bedauerns verweilen wird, welchen die herrschenden Criminalisten heutiger Zeit dem Strafrechte in den Tagen der Hexenprocesse schenken. In derselben Weise wie, was jetzt allgemein anerkannt wird, jene Processe ihren Grund hatten eines Theils in der verkehrten Ansicht der Juristen und des

Volkes überhaupt über den Seelenzustand der s. g. Hexen, andern Theils in ihrer fanatischen Verfolgungssucht, oder, phrenologisch gesprochen, ihrem aufgeregten Zerstörungstriebe: gerade so wird man in späterer Zeit unsere jetzigen Criminalprocesse, insbesondere gegen Mörder, Brandstifter und Räuber, ganz denselben Ursachen zuschreiben. Bis zum heutigen Tage konnte noch kein philosophisches Strafrechtssystem sich halten. Eines fiel nach dem andern. Es fehlte Allen an einem festen Boden. Nur die Phrenologie ist im Stande, einen solchen zu gewähren, einen Boden, welcher auf die dreifache Grundlage des Christenthums, der Philosophie und der Erfahrung ruht."

„Es ist Thatsache, daß nach unserem heutigen Strafrechte der Verbrecher in moralisch schlechterem Zustande aus der Strafanstalt entlassen wird, als er sie betreten hat. Die Mitgefangenen theilen ihm nicht nur ihre Schliche mit, sondern üben oft eine solche geistige Gewalt über ihn aus, daß er schon in der Strafanstalt, unter den Augen der Aufseher, ihnen dienstbar wird, sich vor ihnen fürchtet, ihnen gehorcht. Die Aufseher selbst sind sehr oft rohe Menschen, und sogar der Vorstand der ganzen Anstalt wird in der Regel mehr wegen seiner „Kenntnisse im Fache der Oeconomie", als wegen seiner Fähigkeit Menschen zu behandeln, an seine Stelle berufen. Für die geistige Heilung des moralisch Kranken geschieht nichts, seine thierischen Triebe werden durch die Natur der Sache, durch den Gedanken, daß ihm ein Uebel zugefügt wird, aufgeregt, und auf individuelle Eigenschaften wird keine Rücksicht genommen, während doch gerade nur vermittelst solcher gewirkt werden kann. Gemeinplätze machen keinen Eindruck. Nur was sich an die Empfindungs- und Denkungsweise nach der besonderen Beschaffenheit des Individuums richtet, trägt Früchte. Es kommt nicht blos darauf an, daß guter Saamen ausgestreuet wird, sondern auch darauf, daß jedem Boden derjenige zugetheilt werde, den er zu empfangen und zu befruchten vermag. Die Sträflinge stehen jetzt den ganzen Tag und die ganze Nacht hindurch unter Aufsicht, sie haben keinen freien Augenblick für sich, sie fühlen stets den Zwang, dem sie sich nur durch Gewalt oder List entziehen können, daher eine ununterbrochene

Aufforderung an diese Triebe zur Thätigkeit! Geistig wird auf den Sträfling nicht gewirkt, sondern nur durch Gewalt. Er muß arbeiten, und muß Sonntags in die Kirche gehen, und dieser gezwungene Kirchenbesuch, die einzige Zeit, da er weniger bewacht ist, und also freier seinen Gedanken Raum geben kann, dieser bildet gewöhnlich den einzigen kurzen Zeitraum, welcher der geistigen Einwirkung gewidmet werden soll."

„Bei der Strafandrohung (im Gesetze) und der Strafanwendung (im Urtheil) wird durchaus keine Rücksicht genommen auf das Verhältniß der Größe des begangenen Uebels (Verbrechens) zu der Größe des dafür zu verhängenden Uebels (der Strafe). Die Folgen dieses Systems sind daher von jeher aufregend, und nicht beruhigend für die sinnlichen Triebe gewesen. Grausame Strafgesetze, Urtheile und Executionen haben von jeher zu grausamen Thaten geführt."

„Daß dagegen ein System der Milde, verbunden mit gewissenhafter Festigkeit, und geleitet durch den ernsten Vorsatz, die Gesellschaft gegen Eingriffe in ihre Rechte zu sichern, dem Christenthum besser entspreche als ein System, welches Uebel mit Uebel vergilt, bedarf keiner weiteren Ausführung. Auch beruht ein solches System zugleich auf einer gesunden Philosophie. Denn wie thöricht ist es nicht, das Unkraut nur etwas abzuschneiden, damit es um so höher aufschieße, statt es mit der Wurzel zu vertilgen. Diese Wurzeln des Verbrechens sind die sinnlichen Triebe, welche daher berichtigt, mit der Intelligenz und Moral in's Gleichgewicht gebracht werden müssen. Ist dieß geschehen, so ist die Wurzel des Bösen vertilgt; sonst nicht."

„Das gegenwärtige Strafsystem übersieht aber nicht nur die Ursache der Verbrechen, und läßt sie mit ungeschwächter Stärke nach jedem Strafvollzuge eintreten, sondern der Gesetzgeber, indem er Uebel mit Uebel vergilt, stellt sich dadurch auf gleicher Linie mit dem Uebelthäter. Es wirken bei ihm, wie bei diesem, nicht die moralischen Gefühle, sondern die sinnlichen Triebe; es wirken nicht Wohlwollen, Gewissenhaftigkeit, ja nicht einmal Causalität, sondern es ist die Furcht, nicht geleitet durch höhere In-

telligenz, das verletzte Selbstgefühl in der Besorgniß persönlicher Gefahr, und der Zerstörungstrieb, die er wirken läßt."

„Das Wohlwollen mißbilligt das Verbrechen eben sowohl als die Furcht; allein nicht aus selbstischen Gründen, wie diese, und daher wird sie nicht gleich dieser verblendet. Sie bedauert, aber erschrickt nicht. Die Gewissenhaftigkeit wird schmerzlich berührt durch den Anblick eines Ausbruchs der Gewissenlosigkeit; allein da sie nicht, gleich dem verletzten Selbstgefühle, in dem auf einen Nebenmenschen gerichteten Angriff, zunächst und hauptsächlich einen Angriff auf die eigene Persönlichkeit sieht, wird ihre Ruhe nicht gestört, und verliert sie nicht, gleich jenem, das Gleichgewicht. Die Ehrfurcht wird ergriffen durch den Anblick der Verletzung der heiligen Rechte der Menschheit; allein sie fühlt sich darum nicht aufgefordert, Zerstörung für Zerstörung zu verbreiten. Das Wohlwollen wünscht den Verbrecher tugendhaft zu machen, die Gewissenhaftigkeit ähnliche Uebelthaten zu beseitigen, und der Ehrfurcht sind auch die Menschenrechte des Verbrechers heilig."

„Die edleren, höheren Organe des Menschen dringen also nur auf Beseitigung der Ursachen der Verbrechen. Die unglücklichen Naturanlagen, die vorherrschenden sinnlichen Triebe sollen durch moralische und physische Einwirkung berichtigt, und jedenfalls durch wirksame Sicherheitsmaaßregeln unschädlich gemacht werden. Schädliche Aufregung von aussen wird beseitigt durch Entfernung aller widrigen äußeren Einwirkungen, dasselbe Mittel, wodurch auch die erste Ursache der Verbrechen bekämpft wird. Der Unwissenheit, dem Mangel an geistiger Bildung endlich wird gesteuert durch Unterricht und gutes Beispiel."

„Vergleichen wir nun das jetzt herrschende System der Bekämpfung der Verbrechen durch Uebel mit dem hier vorgetragenen: der Bekämpfung der Verbrechen durch Wohlthaten! Jenes, den sinnlichen Trieben entsprossen, wendet sich an die sinnlichen Triebe des Volks und regt sie auf. Dieses, auf die höheren moralischen Empfindungen gegründet, beruhigt, mildert, bessert die gefährlichen Triebe. Jenes ergreift den Verbrecher und giebt ihn, wenn es ihn nicht tödtet, der Gesellschaft gefährlicher, schlechter zurück, als es ihn empfing; dieses kennt keine blutigen Strafen,

schneidet Niemanden den Weg zur Besserung ab, giebt keinen Sträfling zurück, der nicht gebessert wäre. Jenes tödtet den unglücklichen Menschen, dem Brutalität angeboren und Rohheit anerzogen wurde; dieses macht die Fehler wieder gut, welche unglückliche Naturanlagen, böses Beispiel und schlechte Anweisung hervorriefen. Dort widerstrebt das menschliche Gefühl, Zeugniß abzulegen gegen den Verbrecher; Verwandte und Freunde thun es nie, und auch Unbetheiligte suchen ihm meistentheils durchzuhelfen, wenn das Verbrechen nicht sehr groß und schreiend ist. Hier wird sich jeder Wohlwollende mit dem Gesetz vereinigen; denn das Interesse des Verbrechers trifft mit demjenigen der Gesellschaft zusammen. Der Zeuge schwebt nicht in der unangenehmen Mitte zwischen der Wahrheit und der Furcht vor einem grausamen Richterspruche. Dort ist der Vollzieher der Strafe ehrlos, hier wirkt ihm der schönste, edelste, ehrenvollste Beruf. Dort wirkt die Strafe auf den Sträfling und den Zuschauer herabwürdigend, hier erhebend."

§. 94.

Man kann, wie bei der Groos'schen Deduction, die wohlgemeinte Absicht, welche dieses System durchdringt, nur loben; aber eben so gewiß ist es, daß auf diesem Wege keine Reform der Strafjustiz bewirkt werden kann, noch jemals bewirkt werden wird, weil das (sich jetzt so nennende) phrenologische oder kraniosкopische System die, doch unzweifelhafte, Thatsache des Bewußtseyns der Freiheit in den Hintergrund stellt, oder untergeordneten Rücksichten, bei denen nicht einmal die Causalität genügend erwiesen ist (so daß man sich die Ursache auch als Wirkung denken kann), zum Opfer bringt. Von der Strafgerechtigkeit eine andere Grundlage, als jene Thatsache des moralischen Bewußtseyns, welche den Eingang und den Ausgang aller Zurechnung des Menschen bilden muß, zu verlangen, hieße etwas moralisch Unmögliches fordern, und daraus ergiebt sich denn auch, daß es sich nicht sowohl von einer völligen Umgestaltung der bestehenden Strafjustiz handeln kann, sondern nur von einer Humanisirung derselben. Und diese thut allerdings Noth, weil die bestehende Strafrechtspflege nicht minder unter dem Einflusse des geheimen Inquisitionsprocesses, als des Abschreckungsprinzips und überhaupt einer vor-

herrschenden Criminalpolitik, zu einer, nicht selten Schauder erregenden, Strenge und Inhumanität gesteigert worden ist.

Was Mittermaier vor nunmehr 25 Jahren im neuen Archive des Criminalrechts Thl. 4 S. 413 fg. eben so treffend als würdig gegen die Gall'sche Schädellehre bemerkt hat, das bleibt auch noch jetzt wahr, und wird stets wahr bleiben, so viele phrenologische Gesellschaften auch in England und Nordamerika bestehen mögen, und ungeachtet des daraus abgeleiteten Schlusses, daß der Glaube an die Wahrheit dieses Systems gerade jetzt im Steigen begriffen sey.

Mittermaier spricht sich hierüber so aus: „Von wesentlichem Einfluß auf die Zurechnung und auf das ganze Strafrecht, scheinen neuere ärztliche und psychologische Entdeckungen zu seyn. Wenn schon vor mehreren Jahren, als Gall's Schädellehre noch zahlreiche Verehrer zählte, die Besorgniß entstand, daß durch sie der gröbste Materialismus eingeführt und alle Freiheit zerstört werde, weil, wenn die Anlagen der menschlichen Fähigkeiten und Neigungen als angeboren angenommen werden müßten, der Mensch zu einem bloßen Werkzeuge herabgewürdigt würde: so scheinen die neueren Untersuchungen Nasse's die Gefahr für Aufhebung aller Freiheit, und dadurch aller Zurechnung, noch mehr zu begründen. Wenn nämlich dieser geistvolle Schriftsteller Beobachtungen mittheilt, nach welchen, besonders in den Leichen schwerer Verbrecher, entweder Verhärtungen oder andere krankhafte Bildungen des Herzens vorkommen, und physiologisch auf den inneren Zusammenhang dieses Organs mit der Seele aufmerksam macht: so scheint die Gefahr, einen Verbrecher zu bestrafen, zu groß zu seyn, weil wir sonst leicht, wie Nasse sagt, dem „bösen" Herzen zurechnen, was bloß ein „krankhaftes" verschuldete."

„Verbinden wir damit das, der menschlichen Forschung sich immer weiter öffnende Feld der Geisteszerrüttungen; untersuchen wir vorzüglich den Zustand jener Unglücklichen, welche bei scheinbar voller Besonnenheit und Ueberlegungskraft, im Zustande der Manie, zu ohnmächtig zum widerstreben, einer blinden Begierde folgen; verfolgen wir den Seelenzustand des schlummernden Wahnsinnes, den Platner als **genus amentiae reconditum quidem**

et imo pectore inclusum, inopinato ac subito erumpens bezeichnet; erwägen wir die Entdeckungen Osiander's und Henke's, nach welchen, im Zusammenhange mit der Entwicklung der Organe, bei Brandstiftern eine blinde Feuerlust das Verbrechen erzeugt, und selbst bei den edelsten Naturen eine plötzlich und unaufhaltsam ausbrechende Wuth alle Muttergefühle zerstört, und zum Morde hinreißt — so tritt schaudernd und mit heiliger Scheu der Strafrichter zurück, und die Anwendung einer Strafe bei solchen Unglücklichen, wohin wir alle Verbrecher rechnen müssen, scheint eine Ungerechtigkeit zu seyn. Diese Besorgniß zu strafen, wird noch vermehrt, wenn man auch bei den größten Verbrechern ihre Lebensverhältnisse, Schicksale, Erziehung ꝛc. erforscht, und man anzuerkennen genöthigt ist, was Grohmann treffend bemerkt, daß schon in der ganzen Art gewisser naturwidriger Verbrechen eine Anzeige liege, daß hier die Natur vielleicht unverschuldet aus ihren Gränzen getreten ist, und Desorganisationen oder Mißgeburten zeige, die nicht allein den Körper, sondern auch die Seele betreffen."

„Und doch können bei schärferer Prüfung alle diese Beobachtungen und Erfahrungen nicht den Glauben an Freiheit, nicht das Recht zu strafen, zerstören, ob sie gleich den Criminalisten doppelt zum Studium des Menschen, zur Vorsicht, Milde und Humanität auffordern. Wohl läßt es sich nicht läugnen, was auch Gall in seiner Vertheidigungsschrift gegen die Anklage des Materialismus vorbringt, daß die vom Schöpfer gegebenen Organe der menschlichen Seelenkräfte von dem, was wir sind, die Grundursache, wir mithin nicht ganz Herr darüber sind. Aber der Mensch hat von dem Schöpfer auch Waffen zum Kampf gegen seine (nach Gall aus den Organen entspringende) Neigungen erhalten, welche zwar immerhin Reize sind, die ihn in Versuchung führen, aber nicht so mächtig sind, daß sie nicht durch entgegengesetzte (Vorstellungen der Vernunft) abgestumpft, und unterdrückt werden könnten. Aus diesem Kampfe entspringen Tugend, Laster und Zurechnung, und so lange die Erfahrung nicht einen Verbrecher aufweist, welcher ohne allen inneren Kampf sein Verbrechen verübte, kann kein Zweifel an unserer Freiheit bestehen."

„So wenig daher Gall's Schädellehre die Zurechnung aufhebt, eben so wenig können die entdeckten Verhärtungen in den Herzen der Verbrecher (nach Nasse) uns abhalten, sie als Verbrecher zu strafen, weil sich nicht beweisen läßt, daß die Verhärtung nothwendig das Verbrechen erzeugen mußte, vielmehr die bei solchen Kranken vorkommenden Kämpfe, ehe das Verbrechen zum Ausbruch kam, auf ein Wirken der Freiheit deuteten."

„Ob diese verschiedenen Momente nicht etwa auf den „Grad der Strafe" wirken, gehört nicht in die Frage über Zurechnung, bei welcher es sich nur davon handelt, den Verbrecher für die Folgen seiner Handlung als Urheber verantwortlich zu machen."

Und in der That, das Bewußtseyn der Freiheit, als unerschütterliche moralische Thatsache, muß alle jene Schlußfolgerungen von der Unzurechnungsfähigkeit, und einer dadurch nöthig werdenden Grundreform der gesammten Strafrechtspflege, als übereilte Schlußfolgerungen zurückweisen. Dennoch aber dürfen der Criminalgesetzgeber und der Richter solche gerichtsärztliche und psychologische Beobachtungen und Erfahrungen nicht ganz von der Hand weisen, sondern sollen sie vielmehr im Allgemeinen dazu benutzen, um sich auf denjenigen Standpunct zu stellen, von welchem aus allein menschliche Schuld menschlich gerecht beurtheilt werden kann, nämlich auf den Standpunct der Unvollkommenheit der menschlichen Erkenntniß, auf welche jene und andere Entdeckungen so unzweifelhaft wie möglich hinweisen. Daher machen sie es dem Gesetzgeber und dem Richter zur Pflicht, sich um so sorgfältiger mit dem Studium der menschlichen Natur zu befassen, und je sorgfältiger dieß geschieht, eine um so heiligere Scheu wird sie vor den zahllosen Räthseln der unergründlichen Menschennatur ergreifen, und dadurch von selbst zur Vorsicht, Milde und Humanität hinleiten. Aber theils flößen jene Untersuchungen eben durch ihre übereilten Schlußfolgerungen den Praktikern leicht Mißtrauen ein, und werden deshalb häufig als bloße Träumereien bei Seite gelegt, wodurch sich die Kluft zwischen Doctrin und Praxis immer mehr erweitert; theils pflegen unsere inquisitorischen Strafgerichte — allen Abschreckungsgesetzen zum Trotz — mit Untersuchungen und Beurtheilungen von Verbrechen dermaßen über-

laden zu seyn, daß über dem gründlichen Inquiriren und gründlichen Actenstudium so gut wie alle Zeit, Lust und Gemüthsruhe, um sich mit den neueren ärztlichen und psychologischen Untersuchungen zu befassen, verloren gehen. Um so bequemer ist daher der Gemeinplatz: Träumerei; denn zu dieser ist dem Richter seine Zeit, auch wenn er solche hätte, zu kostbar.

Aber dennoch sind jene Bestrebungen nicht vergebens, indem eine Zeit kommen wird, wo sie unvermeidlich zu den Ohren des Gesetzgebers dringen, und diesem die Ueberzeugung geben werden, daß die hier so stark hervortretende, und überhaupt die ganze Strafrechtspflege durchdringende, Unvollkommenheit der menschlichen Erkenntniß eine mehr menschliche Beurtheilung menschlicher Schuld gebiete.

Zu diesem Endresultate können auch die phrenologischen Untersuchungen das ihrige beitragen, und von diesem Standpuncte, nicht zu gedenken des wissenschaftlichen (denn der menschliche Geist versucht sich überall, so weit er reicht), sind sie für den Freund der Humanität von hohem Interesse. So wenig auch die weite Verbreitung ihres Studiums eine Bürgschaft für ihre Wahrheit gewährt, so interessant ist doch die statistische Zusammenstellung darüber in dem Struve'schen Aufsatze, welche schließlich mitgetheilt zu werden verdient. Es heißt nämlich dort: „Die phrenologische Literatur England's ist sehr reich. Ausser den trefflichen Werken von Spurzheim, George Combe und Andreas Combe, besteht seit dem Jahre 1822 ein phrenologisches Journal zu Edingburg, welches die Fortschritte der Wissenschaft bekundet, und bereits zu 15 Bänden angewachsen ist. Phrenologische Gesellschaften bestehen in Schottland und England je in 8 Städten, in Irland in 2 Städten, in Frankreich und in Indien (Calcutta) je in einer Stadt, und in Nordamerika in 15 Städten, also im Ganzen 35 phrenologische Gesellschaften. Auch haben sich bereits die drei bedeutendsten medicinischen Journale in England für die Phrenologie erklärt." —

Wir verlassen damit das Gebiet der Besserungs-, überhaupt der Nutzenstheorieen, und gehen nach der Anordnung des §. 1 a. E. zu einer andern Abtheilung der relativen Systeme über.

C. Die relativen Coalitionssysteme.

§. 95.

1) Die ältere Ansicht.

Unstreitig gebührt Bauer (die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorieen, S. 374—398) das Verdienst, zuerst eine gelungene Classification der verschiedenen Arten der Coalitionssysteme aufgestellt zu haben, nur daß er in der Tendenz, zusammengesetzte Systeme anzunehmen, mitunter zu weit geht, was, wie z. B. die Kritik der Grolman'schen Präventionstheorie ergeben hat, leicht eine verfehlte Beurtheilung solcher, ihrem Wesen nach einfacher Theorieen zur Folge hat, und zugleich von vorne herein ein gewisses Mißtrauen gegen dieselben erzeugt, wenigstens bei denjenigen, welche das Heil der Strafjustiz nicht von einer Coalition verschiedener Zwecke der Strafe, oder allgemeiner ausgedrückt, verschiedener Strafrechtssysteme, erwarten.

In diesem weiteren Umfange haben wir uns hier indeß mit den Coalitionssystemen nicht zu befassen, weil aus Gründen der Zweckmäßigkeit bereits in der ersten Abtheilung (§. 59—84) die, oder wenigstens die wichtigsten der, auf einer Verbindung des absoluten mit dem relativen Prinzipe beruhenden Systeme dieser Art dargestellt und beurtheilt worden sind. Insofern bleiben hier nur die relativen Coalitionssysteme übrig, und zwar vorzugsweise diejenigen, welche auf einer Verbindung mehrerer (von den verschiedenen Arten der Nutzenstheorieen entlehnter) besonderer oder Mittelzwecke der Strafe, also der Abschreckung durch die Strafvollziehung oder Strafandrohung, oder durch beides zugleich, der Prävention, und der Besserung beruhen, so daß hier der geeignetste Ort für ihre Darstellung und, wenigstens summarische, Beurtheilung seyn dürfte.

Die Kritik macht es sich aber zu leicht, oder vielmehr, sie schafft sich erst einen fingirten Gegner, wenn sie ihre Angriffe auch auf solche so genannte coalirte Systeme richtet, welche in der Wirklichkeit gar keine Systeme sind und seyn sollen, sondern sich

auf eine bloße Aufzählung der verschiedenen Folgen oder Wirkungen, welche die bürgerlichen Strafen je nach ihrer Art oder dem jedesmal bestehenden Strafen-Systeme haben können, beschränken, ohne alles Streben, diese Ideen zur Aufstellung eines eigentlichen Systems des Strafrechts zu benutzen, d. h. aus ihnen die obersten Grundsätze desselben abzuleiten.

Auch diese s. g. Coalitionssysteme, weil sie keine solche sind, bleiben von dem hier vorliegenden Gebiete ausgeschlossen, obwohl sie, schon um des Gegensatzes willen, nicht unberührt bleiben durften, dafür aber keiner eigentlichen Beurtheilung bedürfen.

„Schon Plato im Gorgias (ed. Bipont. Vol. 4. p. 168), bemerkt Bauer, setzt den Zweck der Bestrafung in die Besserung des Verbrechers (Spezialprävention), und die Abschreckung Anderer durch das Beispiel (vgl. indeß Abtheil. I. §. 2); Aristoteles (Rhetor. 1, 10) dagegen in die Wiedervergeltung und die Besserung des Bestraften". Allein jene Stelle des Aristoteles (vgl. Abtheil. I. §. 3) gehört gar nicht hieher. Sie untersucht die Ursachen oder Motive, aus welchen Verbrechen verübt werden. Zu diesen wird auch die Rache gezählt, und dabei gelegentlich bemerkt: Rache unterscheidet sich von der Züchtigung dadurch, daß letztere im Interesse des Leidenden, jene dagegen im Interesse des Handelnden (ut animus ejus expleatur) geschieht. Dagegen giebt Cicero (de offic. 1, 11) als Zwecke der Strafe an: ut et ipse (qui punitur) ne quid tale posthac committat, et ceteri sint ad injuriam tardiores. Aber auch diese Stelle ist theils an sich, theils in Verbindung mit einer andern Stelle (1, 25) nicht ohne Schwierigkeit, weshalb sie vollständig mitgetheilt werden muß.

Im Zusammenhange lautet sie so: **Sunt autem quaedam officia etiam adversus eos servanda, a quibus injuriam acceperis. Est enim ulciscendi et puniendi modus; atque haud scio, an satis sit, eum, qui lacessierit, injuriae suae poenitere: ut et ipse ne quid tale posthac committat** (dieses letztere Wort fehlt in der Ernesti'schen Ausgabe), **et ceteri sint ad injuriam tardiores. Atque in republica maxime conservanda sunt jura belli etc.** Dieß übersetzt Garve,

Thl. 1. S. 26, so: „Aber auch gegen Beleidiger haben wir gewisse Pflichten. Die Wiedervergeltung des Unrechts (Rache) und die Bestrafung des Ungerechten muß ihre Gränzen (ihr Maaß) haben. Und vielleicht kann man diese da festsetzen, wo dem Beleidiger sein Unrecht gereuet; wenn er von künftigen Angriffen, und Andere von ähnlichen abgeschreckt werden. Besonders aber müssen unter Nationen die Rechte des Kriegs heilig gehalten werden ꝛc." Daß Garve das: haud scio an, welches zwar eine Verneinung auszudrücken scheint, aber in der Wirklichkeit einfach bejaht, richtig übersetzt habe, ist nicht zu bezweifeln. Allein, in welcher Beziehung steht die Reue (das poenitere), welche das Maaß (modus) der Bestrafung bestimmen soll, zu dem gleichfolgenden Zwecke der Abschreckung des Verbrechers, und zugleich Anderer? Und kann das ut, wie es Garve gethan hat, durch: wenn, richtig übersetzt werden? Hierauf ist die Antwort die: das poenitere drückt nicht Reue vor der Bestrafung aus, sondern Reue, bewirkt durch das Erleiden der Strafe, also Besserung durch Abschreckung, oder Unschädlichmachung für die Zukunft. Damit bekennt sich Cicero zu der Platonischen Idee der Spezialprävention, welche mit der Besserung, also auch der Reue zusammenfällt (§. 89 a. E.), und damit verbindet er noch, wie Plato, den weiteren Zweck des Beispiels für Andere. Insofern hat Garve jenes ut ganz richtig übersetzt.

Soll nun aber das poenitere, oder allgemeiner ausgedrückt, sollen Spezial- und Generalabschreckung durch die Strafvollziehung, als Zwecke der Strafe, wie sich Cicero ausdrückt, das Maaß der Bestrafung, d. h. den Maaßstab der Strafe, bestimmen: so fragt es sich, wie er im Kap. 25 einen andern Zweck und ein anderes Strafmaaß aufstellen konnte, ohne sich zu widersprechen? Er sagt nämlich dort, nach Garve's Uebersetzung (Thl. 1, S. 67): „Doch diese Gelindigkeit und Sanftmuth muß ihre Gränzen haben; sie muß nicht die in der Handhabung nöthige Strenge verhindern, ohne welche keine Regierung möglich ist. Alle Bestrafung aber, sie geschehe durch Worte oder durch die That, muß nichts Beschimpfendes an sich haben. Sie muß ferner nicht zum Nutzen des Strafenden, sondern des gemeinen Wesens ab-

zwecken (Omnis autem animadversio et castigatio contumelia vacare debet, neque ad ejus, qui punitur aliquem, aut verbis castigat, sed „ad reipublicae utilitatem“ referri). Noch sind zwei Hauptsachen beim Strafen zu beobachten: die erste, daß die Strafe der Schuld proportionirt (ne major poena, quam culpa), die andere, daß sie in gleichen Fällen immer gleich sey — nicht dasselbe Verbrechen bei dem Einen gar nicht gerügt, bei dem Andern hart geahnet werde. Zu dem Ende muß man sich hüten, im Zorn zu strafen. Denn mit einem aufgebrachten Gemüthe ist es unmöglich, die glückliche Mitte zwischen dem zu Viel und dem zu Wenig zu treffen (mediocritas illa, quae est inter nimium et parum), welche die Peripatetiker so sehr beim Strafen, wie in allen andern Sachen empfehlen. Diese ihre Regel ist unstreitig richtig. Wenn sie aber den Zorn loben, so muß man widersprechen. Der Richter soll dem Gesetze gleich seyn, das ohne des Zorns gegen den Verbrecher fähig zu seyn, die verdiente Strafe zuerkennt.“

Hier setzt Cicero den Zweck der Strafe in den Nutzen, den dieselbe — nicht für den Strafenden, auch nicht für den Bestraften — sondern für den Staat hat, und die Proportion der Strafe mit Aristoteles (Abtheil. I. §. 3) in die Einhaltung der Mitte zwischen dem zu Viel und dem zu Wenig, während er oben mit Plato den Zweck der Strafe in Spezialprävention und Abschreckung durch das Beispiel setzte, und diese Zwecke als Prinzipe für den Maaßstab der Strafe anerkannte.

Entweder muß man annehmen, daß Cicero hier zu viele gute Gedanken vereinigen wollte, oder daß er beide Ansichten für vereinbar hielt. Und allerdings lassen sie eine ungezwungene Combination zu, nämlich dahin: „Zweck der Strafe überhaupt (also Endzweck) ist der Nutzen des Staats, und das nothwendige Maaß derselben drückt die allgemeine Regel aus: sie muß proportionirt, also weder zu streng, noch zu mild seyn. Diese Regel wird eingehalten, wenn man die Besserung des Verbrechers, und damit in Verbindung das Beispiel für Andere, als besondere Strafzwecke anerkennt. Denn, hat der Staat von dem Verbrecher künftig nichts mehr zu besorgen, und sind daneben Andere abgeschreckt ähnliche Missethaten zu begehen, so ist der Endzweck der Strafe

(reipublicae utilitas) erreicht, und die Strafe hat dann zugleich die rechte Mitte eingehalten, d. h. sie ist weder zu mild, noch zu streng gewesen. Zu mild, würde sie ihren Zweck verfehlt haben, und zu streng, hätte sie über die Bedürfnisse des Staats hinausgereicht." Wer diese Combination verwirft, weil sie zu sehr an moderne Ansichten (Endzweck, Mittelzwecke der Strafe ꝛc.) erinnere, muß zugeben, daß Cicero unüberlegt dem Plato und dem Aristoteles zugleich Recht geben wollte.

Auch von Seneca (de clementia 1, 22) gehört folgende Stelle hieher: transeamus ad alienas injurias, in quibus vindicandis haec tria lex sequuta est, quae princeps quoque sequi debet; aut ut eum, quem punit, emendet; aut ut poena ejus ceteros meliores reddat: aut ut sublatis malis, securiores ceteri vivant. Seneca unterscheidet nämlich im Kap. 20 zwei Fälle: entweder straft der Regent ein ihm selbst zugefügtes Unrecht, oder ein Unrecht, welches einem Dritten zugefügt ist (alienae injuriae). Für den ersten Fall, wo der Zweck der Strafe ultio oder vindicatio sey, warnt er vor Zorn und empfiehlt Milde; für den zweiten weiset er den Regenten zunächst an die Schranken des Gesetzes, welche durch jene Zwecke bestimmt werden, macht ihm aber auch hier Milde zur Pflicht. Er schließt seine Ausführung mit den schönen Worten: gravior multo poena videtur, quae a miti viro constituitur.

Weniger anziehend, weil, wenigstens großentheils, trocken grammatisch, ist eine Ausführung in Gellius Noctes Atticae (1, 14), wo von den beiden Platonischen Zwecken der Strafe, und einem dritten des griechischen Philosophen Taurus, nämlich: Erhaltung der Ehre des Verletzten, die Rede ist. Nach der Ansicht der Philosophen, sagt Gellius, wird die Strafe entweder angewendet: castigandi atque emendandi gratia, ut is, qui fortuito delinquit, attentior fiat correctiorque; aut ... quia dignitas auctoritasque ejus, in quem est peccatum, tuenda est, ne praetermissa animadversio contemtum ejus pariat, et honorem levet; aut .... quia poenitio propter exemplum est necessaria, ut ceteri similibus a peccatis, quae prohiberi publicitus interest, metu cognitae poenae deterrean-

tur. Hieraus folge, daß wenn entweder gegründete Hoffnung (spes magna) vorhanden sey, daß sich der Verbrecher auch ohne Strafe bessern werde, oder wenn ein Verlust der Ehre und Würde dessen, gegen den die Handlung gerichtet war, nicht zu befürchten sey, oder wenn es nicht nothwendig eines abschreckenden Beispiels für Andere bedürfe — in allen diesen Fällen keine Strafe eintreten könne. Weiter bemerkt Gellius, daß der erste und dritte Grund (causa) der Strafe von Plato im Gorgias angenommen seyen, dessen Commentator Taurus aber noch den zweiten hinzugefügt habe, und dieß veranlaßt ihn zu einer Untersuchung darüber, weshalb derselbe bei Plato fehle ꝛc.

Auch bei den römischen Juristen, welche, so wie die Kaiser, bald diesen bald jenen Zweck der Strafe aufstellen, findet man mitunter mehrere mit einander verbunden, z. B. in L. 28 §. 15 D. de poenis (48, 19): ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, et solatio sit cognatis et affinibus interemtorum.

Die älteren Schriftsteller (Juristen und Rechtsphilosophen) bis auf die Kant-Fichte'sche Periode begnügen sich gleichfalls nicht mit Einem Zwecke der Strafe, sondern combiniren mehrere derselben. So Hugo Grotius, indem er Besserung des Bestraften, und Sicherung sowohl des Verletzten, als aller Uebrigen (Abtheil. I. §. 4); Hobbes (de cive 3, 11), indem er Besserung und Abschreckung Anderer; und Pufendorf (de jure naturae et gentium, 8, 3, §. 9), indem er mit diesen Zwecken noch Unschädlichmachung des Verbrechers verbindet. Am weitesten hat es Leyser (medit. ad Pandectas §. 649 med. 1) gebracht, indem er sechs, oder vielmehr sieben Strafzwecke auf- und zusammenstellt, nämlich: satisfactio laesi, pensatio mali cum malo, emendatio malefici, detractio virium nocendi, terror aliorum, incrementum aerarii, aut alia reipublicae utilitas — worüber man oft genug gespöttelt hat, aber ohne zu bedenken, daß Leyser diese Zwecke entfernt nicht zu einem Strafsysteme benutzen, sondern damit nur die verschiedenen nützlichen Folgen der Strafen, je nach ihrer Beschaffenheit, bezeichnen wollte.

Hommel (Anmerk. zu Beccaria von Verbrechen und Strafe

§. 2) nimmt drei Zwecke der Strafe an, nämlich Sicherstellung des Beleidigten, Besserung des Verbrechers, und Beispiel für Andere. Böhmer (Elementa jurispr. criminalis p. 223) setzt den Zweck der Strafe in Erhaltung der Ruhe und Sicherheit des Staats, theils durch Prävention gegen den Bestraften, theils durch Abschreckung der Uebrigen. Hier tritt die Unterscheidung zwischen dem Endzweck und dem, oder den besonderen (Mittel-) Zwecken der Strafe bestimmt hervor, wie bei Michaelis (Vorrede zum mosaischen Rechte) die Unterscheidung zwischen dem Hauptzweck und bloßen Nebenzwecken der Strafe. Jener ist ihm (§. 33) Abschreckung durch das Gesetz, diese: Ausrottung oder Entfernung des Gefährlichen, Besserung des Bestraften, und Rache des Beleidigten. Die Michaelis'sche Ansicht hat auch noch das Eigenthümliche, daß sie den Begriff der Strafe in doppelter Bedeutung nimmt, zuerst als angedrohte Strafe (Strafgesetz), und dann als Strafe in ihrer Vollziehung, was, besonders seit Feuerbach's Auftreten, die Eintheilung der relativen Theorieen in Strafandrohungs- und Strafvollziehungstheorieen veranlaßte.

Solcher Verbindungen mehrerer Strafzwecke könnten noch viele andere genannt werden; allein es wäre überflüssig, sie aufzuzählen, weil es ihnen, wie schon Bauer bemerkt hat, an aller philosophischen Begründung und Durchführung fehlt, so daß sie, mehr oder weniger, nur als gelegentliche Aeusserungen, oder doch nur als ein bloßes Aussprechen des Grundgedankens mehrfacher Strafzwecke zu betrachten sind.

§. 96.

2) Die neueren Systeme.

Nach Ausscheidung jener Combinationen, weil sie noch nicht Systeme genannt werden können, und der bereits früher besprochenen Coalitionen des absoluten mit dem relativen Prinzipe, bleiben als coalirte „Systeme" des Strafrechts hier nur die „rein relativen" übrig, welche in großer Anzahl aufkamen, seitdem man in Deutschland angefangen hatte, diesen oder jenen besonderen Zweck der Strafe, nämlich Abschreckung in seinen verschiedenen Modalitäten, Prävention, und Besserung, zum ausschließlichen

Prinzipe für das Strafrecht zu erheben, und danach ein vollständiges System desselben aufzuführen, was erst durch den belebenden Einfluß der Kant-Fichte'schen Rechtslehre, welche die Rechtsphilosophie und das positive Recht von den Fesseln des seichten Wolff'schen Naturrechts befreiete, bewirkt wurde. Man bewunderte diese frisch aufblühenden Systeme, man lobte besonders ihre Consequenz. Aber kaum in's Leben getreten, suchten sie auf das lebhafteste sich unter einander zu bekämpfen. Denn, konnte das Heil des Strafrechts nur in Einem Systeme gefunden werden, so mußte jedes dieser (von Zachariä zuerst so genannten) relativen Systeme bemüht seyn, alle anderen Systeme dieser Art als völlig verfehlt darzustellen, um sich die ausschließliche Herrschaft zu sichern. Dieser Wechselkampf rief indeß Zweifel und Mißtrauen gegen die bisher befolgte Richtung des Systematisirens hervor. Man fand zwar viel Wahres, der eine in diesem, der andere in jenem, auf einem besonderen Strafzwecke beruhenden Systeme, andere gar in allen; aber im Einzelnen gab es doch viel zu tadeln. Namentlich die von den wechselseitigen Gegnern schonungslos aufgedeckten Consequenzen erregten immer größere Bedenken. Man warf daher allen diesen Systemen Einseitigkeit vor, und um diese zu vermeiden, glaubte man mehrere Strafzwecke mit einander verbinden zu sollen, wie dieser Gedanke ja auch bereits bei den classischen Schriftstellern, und bei den älteren Rechtsphilosophen seit Hugo Grotius hervorgetreten war (§. 95).

So kehrte man wieder auf den früheren Standpunct zurück, und war dabei glücklich der Mühe enthoben, ein solches System in so umständlicher Weise zu deduciren, wie Feuerbach, Grolman, Fichte, Stelzer ꝛc., das ihrige deducirt hatten. Denn auf dem Boden des relativen Systems sollte einmal stehen geblieben werden, und da man auch die Consequenzen des Abschreckungs- des Präventions- und des Besserungsprinzips zur Genüge kannte, so konnte es sich im Grunde nur darum handeln, wie man combiniren wolle? Gelegentlich konnten zwar noch gute Gedanken aus andern, selbst aus den absoluten Strafrechtstheorieen hereingezogen werden; allein das, was den Mittelpunct aller dieser Systeme bildet, sind Abschreckung, Prävention, und Besserung.

Da nun die Aufstellung eines Hauptzwecks der Strafe in Verbindung mit einem, oder mit mehreren Nebenzwecken (d. h. untergeordneten, subordinirten Zwecken, die unbeschadet des Haupt- oder eigentlichen Zwecks der Strafe, z. B. der Abschreckung durch das Strafgesetz, wie nach Feuerbach, oder der Prävention wie nach Grolman, wirken sollen) ein System des Strafrechts noch nicht zu einem coalirten macht: so hat man sich hier solche relative Systeme zu denken, welche mehrere „einander coordinirte" Strafzwecke aufstellen. Hier unterscheidet Bauer (a. a. O. S. 380) weiter zwei Classen. „Entweder, sagt er, geschieht die Aufstellung mehrerer coordinirter Strafzwecke so, daß sie sämmtlich verbunden befördert werden sollen, oder so, daß nach den Umständen nur einer, oder der andere Zweck zu verfolgen ist (copulative oder alternative Cumulation). Von letzterer Art ist besonders die Theorie von Fichte, welcher die Wiedervergeltungs-, die Abschreckungs-, die Präventions-, und die Besserungstheorie dergestalt verbindet, daß er jede derselben auf eine eigne Gattung rechtswidriger Handlungen bezieht."

Allein, wie sollte man ein, auf einem so festen Grundgedanken beruhendes System, wie das Fichte'sche, welches nur nach Verschiedenheit theils der Verbrechen, theils der Motive zu denselben, verschiedene Strafmittel (also mit verschiedenen Zwecken) vorschlägt, ein alternatives Coalitionssystem, und im Gegensatze davon die übrigen Systeme dieser Art copulative Coalitionen nennen können? Eben das Copulative oder Cumulative bildet das Wesen der Coalition, weshalb es tautologisch oder überflüssig ist, von copulativen Coalitionen zugleich zu reden. Ausserdem beruht es, wie die Beurtheilung von Fichte's Theorie ergeben hat, auf einem Mißverständnisse, Fichte eine Wiedervergeltung als Grund oder Zweck der Strafe unterzulegen, indem die Rechtlosigkeit, welche als Folge des Bruchs des Socialcontracts eintreten soll, mit der Wiedervergeltung so wenig etwas gemein hat, daß sie nicht einmal dem Begriffe nach Strafe ist, indem letztere erst aus dem Abbüßungsvertrage entspringt.

Eben so unrichtig behauptet Bauer, daß Grolman's Präventionstheorie darum, weil sie gemeinschaftlich auf Spezial- und

Generalabschreckung beruhe, zu den coalirten Systemen zu zählen sey, und noch weniger kann es der Kritik gestattet seyn, den einen Theil dieses untrennbaren Systems ohne den andern zu beurtheilen. Grolman's Präventionstheorie ist, wie früher ausgeführt wurde, eben so unläugbar ein einfaches System, wie es Bauer's eigne Warnungstheorie ist.

Endlich kann auch die Theorie von Welcker, deren sieben Strafzwecke sich, wie Bauer selbst bemerkt, in dem Grundgedanken der Wiederaufhebung des ganzen, der Rechtsordnung zugefügten intellectuellen Schadens vereinigen, eben deshalb nicht zu den coalirten oder zusammengesetzten Systemen gerechnet werden. Wie weit überhaupt Bauer in der Annahme solcher Systeme geht, erhellt am deutlichsten daraus, daß er selbst Feuerbach's Theorie dazu zählt, „weil sie einen Zweck für das Strafgesetz, einen andern für die Strafzufügung annehme", obgleich beide abschreckend wirken sollen.

§. 97.

Hiernach sind die Gränzen dieser Systeme enger zu bestimmen, und innerhalb derselben mögen folgende Ansichten (denn alle aufzuführen, wäre unnöthig) hier ihren Platz finden.

Bezin, die Befugniß des Staats in Hinsicht auf Rechtsverletzungen, Osnabrück 1801, giebt dem Staat kein eigentliches Strafrecht, d. h. das Recht bloß wegen einer begangenen übeln Handlung ein Uebel zuzufügen (denn da es ein solches im Naturstande nicht gebe, so konnte es auf den Staat auch nicht übertragen werden), sondern nur ein (schon im Naturstande bestandenes) Sicherungsrecht, zu dessen Ausübung der Staat (vermöge der Uebertragung auf ihn) nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Diese Sicherung ist das einzige Prinzip des Strafrechts, und der einzige und höchste Maaßstab der Strafe. In ihr aber sind wiederum mehrere Rechte enthalten. Denn es folgt aus ihr vorerst das Recht, rechtswidrige Handlungen mit Strafe zu bedrohen, und diese um der Drohung willen zu vollziehen (also Generalprävention, psychischer Zwang). Ferner das Recht, den durch eine begangene rechtswidrige Handlung gedrohten zukünftigen Verbrechen durch Vorkehrungen vorzubeugen (also im Allge-

meinen Spezialprävention), entweder durch Anwendung von Besserungsmitteln (moralische oder doch juridische Besserung), oder durch Androhung eines empfindlichen Uebels, dessen Erinnerung dem Reiz entgegenwirken soll (Spezialabschreckung im Sinne Grolman's), oder endlich durch physische Unmöglichmachung zur Wiederholung (physische Prävention, gleichfalls im Sinne Grolman's). Ferner das Recht, dem Schuldigen ein Uebel zuzufügen, damit der in Andern entstandene Reiz zur Nachahmung aufgehoben werde (Abschreckung durch die Strafvollziehung im Sinne Klein's). Endlich auch das Recht, den Staat vor einem, der Begehung eines Verbrechens Verdächtigen, aber nicht Ueberführten durch Bürgschaft oder Verwahrung zu sichern (polizeiliche Sicherungsmaßregeln).

Meister, Lehrbuch des Naturrechts, Frankf. a. d. O. 1809 §. 583, setzt den Endzweck der Strafe ebenfalls in die Verhinderung von Verbrechen, und zwar theils in der Person des Bestraften, theils aller Uebrigen. Jenes soll bewirkt werden: 1) durch Unmöglichmachung der Wiederholung (absolute, physische Prävention), und 2) durch Erweckung der Unlust, wodurch der Verbrecher theils abgeschreckt (Spezialabschreckung im Sinne Grolman's), theils moralisch, oder doch politisch gebessert wird (moralische oder juridische Besserung). In der Person aller Uebrigen wirkt die Strafe verhütend durch die, aus der Bestrafung hervorgehende Gewißheit der Verknüpfung eines physischen Uebels mit einem vorgängigen moralischen Uebel (mittelbare Abschreckung durch die Strafvollziehung im Sinne Gmelin's).

Krug, Dikäologie oder philosophische Rechtslehre, Königsberg 1817 S. 225 fg., betrachtet die Strafe als Folge einer moralischen Ordnung der Dinge, verbindet aber doch Zwecke mit derselben. Er setzt nämlich den nächsten Zweck in die äussere Darstellung der Heiligkeit des Rechtsgesetzes, indem die Wahrnehmung der Strafe (auch bei unserem geheimen Inquisitionsprocesse?) eine neue Verkündigung des Rechtsgesetzes enthalte; den entfernten Zweck in die Sicherung des Rechts durch die Strafe, als einen Zwang, der in Beziehung auf begangene Beleidigungen ausgeübt werde, um künftige zu verhindern. Zu dem Ende soll die Strafe einwirken 1) auf die Geneigtheit zu Rechtsverletzun-

gen, und zwar theils hemmend durch Abschreckung, theils vernichtend durch Besserung; 2) auf die Fähigkeit zu Rechtsverletzungen, theils hemmend, theils vernichtend; ersteres durch Beschränkung der Freiheit, letzteres durch Hinrichtung des Beleidigers.

Schmalz, welcher in seiner letzten (nach seinem Tode herausgegebenen) Schrift: Die Wissenschaft des natürlichen Rechts, Berlin 1831 S. 167, alle natürliche Gränze der Strafgewalt (hinsichtlich des Umfangs des Strafgebiets und des Maaßstabes der Strafe) läugnet, und daher Alles dem Ermessen des Gesetzgebers zum Zweck der Sicherung des Staats überläßt, bezeichnet als Zwecke der Strafe: 1) Verbrechen zu verhüten (Prävention), und zwar theils durch (bürgerliche) Besserung des Bestraften, theils dadurch, daß man ihn auffer Stand setze, neue Verbrechen zu begehen; theils dadurch, daß man auch Andere durch Drohung und Vollziehung der Strafe von Verbrechen abschrecke, indem von Jugend auf in den Gemüthern die Vorstellung der Strafe sich der Vorstellung des Verbrechens associire, und so den moralischen Abscheu durch physischen verstärke. Aber auch öffentliche Rache ist Zweck der Strafe, auf daß Privatrache nicht entschuldigt sey.

Hiezu bemerkt Schmalz in einer Anmerkung: „Ein einziger Zweck der Strafe ist weder nothwendig, noch kann er mit Consequenz von der Gesetzgebung durchgeführt werden. Was die Besserung betrifft, so versteht es sich von selbst, daß durch die Strafe nicht innerliche moralische, sondern nur bürgerliche äusserliche bewirkt werden kann. Die Blutrache betreffend, so wurde dieselbe bei allen kräftigeren Völkern als heilige Pflicht angesehen. Als der Staat sie verbot, übernahm er sie dann selbst, und so wurde auch öffentliche Rächung Zweck der Strafe."

Zu den weniger complicirten Systemen gehört die Theorie von Escher in dessen Abhandlungen aus dem Gebiete des Strafrechts, Zürich 1822, indem sie nur Verhütungszwecke annimmt, nämlich theils Abschreckung durch das Strafgesetz, und theils Prävention, theils Abschreckung durch die Strafvollziehung.

In diese Kategorie gehört auch die, schon oben (§. 86) besprochene, Theorie von Oersted, in dessen Grundregeln der Straf-

gesetzgebung, Kopenhagen 1822, und Kritik des Baier'schen Strafgesetzes-Entwurfs, Vorrede S. VIII fg.; endlich die neueste Darstellung von Stübel, in dem Anhange zu Mittermaier's Schrift: Ueber den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung, Heidelberg 1825.

Diese Beispiele von mehr oder minder complicirten, und von einfacheren Coalitions-Systemen dürften für den vorliegenden Zweck genügen. Wer noch weiter, oder auf andere Weise combiniren will, mag sich das ganze Gebiet deutscher (und auch ausländischer) Strafrechtstheorieen, so weit solche bisher dargestellt wurden, und später dargestellt werden, dazu ausersehen, da in Gemäßheit der Combinationslehre, nach Zahl und Art der Zusammenstellung einfacher Theorieen eine unendliche Mannigfaltigkeit solcher Combinationen möglich ist.

§. 98.

Die practischen Folgen coalirter Systeme veranschaulichen sich am besten, wenn man Feuerbach's scharfsinnige Kritik des Kleinschrod'schen Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für die Baier'schen Staaten, Thl. 1 S. 55—66, zur Hand nimmt. Hier weiset Feuerbach nach, zu welchen Resultaten es führe, wenn man, wie nach jenem Entwurfe, moralische Vergeltung, Prävention, Abschreckung Anderer, und Besserung als Strafzwecke mit einander verbinde, und darauf eine Strafgesetzgebung aufzuführen unternehme. Wir wollen ihn selbst reden lassen.

„Ein nicht kleiner Theil des Entwurfs, bemerkt er, behandelt den Verbrecher nicht als Verbrecher, d. h. als Uebertreter äusserer Gesetze, sondern denkt sich ihn als Sünder, als einen Menschen von unmoralischen Gesinnungen und Gedanken, die er durch seine Handlung bewiesen hat, und dem der Staat, als ein irdischer Gewissensrichter, mit Strafen moralisch vergilt. Dieß beweist die aufgestellte, rein moralische, aber nicht rechtliche Theorie über die Zurechnung der Verbrechen; dieß beweisen die feinen, aber dem irdischen Auge eines Richters völlig entzogenen, kaum der abstraktesten Spekulation sichtbaren Distinktionen über die Modificationen der Gedanken und Willensbestimmungen, die einem Verbrechen vorhergingen, und zu Grunde lagen. Daraus er-

klärt sich z. B., daß nach §. 238 des Entw. derjenige, welcher bei Tage den Gedanken an ein Verbrechen gehabt, und nicht unterdrückt hat, wenn er dasselbe nachher als Nachtwandler, ohne Bewußtseyn und Entschluß, ausgeführt hat, als Verbrecher bestraft werden soll; daraus, daß nach §. 238 bei einer Putativehe die Strafe des Ehebruchs angedroht ist, weil ein solches Subject im Herzen die Ehe gebrochen; daraus die Strafbestimmungen über widernatürliche Unzucht ꝛc."

„Auf der andern Seite verwirft der Entwurf die Bereuung des Verbrechens, das freiwillige Geständniß, den bisherigen guten Lebenswandel, ja selbst in der Regel die Verführung als Milderungsgründe der Strafe, obgleich diese Umstände auf der Waagschale der moralischen Beurtheilung der Verbrechen von bedeutendem Gewichte sind; ja der Meineid, wenn daraus kein Schaden hervorgegangen ist, ist mit ganz geringer Strafe bedroht."

„Hiernach müssen, ausser der moralischen Vergeltung, dem Entwurfe noch andere Prinzipe zu Grunde liegen. Diese lassen sich auch nachweisen, und sind nach Umständen verschieden. Vorerst die Prävention. Diese zeigt sich bei der Todesstrafe (wenn anders der Ausdruck Strafe hier passend ist), deren Verhängung als Sicherungsmittel in Nothfällen des Staats dem Ermessen des Richters überlassen ist, nämlich dann, wenn die Umstände von der Art sind, daß der Richter befürchten muß, lebenslängliche Einsperrung werde den Staat nicht hinlänglich gegen den Verbrecher sichern."

„Zuweilen ist auch Abschreckung Anderer, als Zweck der Strafe, das bestimmende Prinzip dieses Entwurfs. Die Ausstellung an den Pranger, und das öffentliche Hauen mit Ruthen lassen sich weder aus der moralischen Vergeltung, noch aus dem Zweck der Sicherung, noch aus dem der Besserung erklären; sie können nur auf Abschreckung berechnet seyn. Und so soll auch Todesstrafe, um ein blutiges Beispiel zu geben, extra ordinem verhängt werden dürfen, wenn gewisse Verbrechen, z. B. Aufruhr, Brandstiftung sehr überhand nehmen."

„Am häufigsten aber erscheint in diesem Entwurf die bürgerliche Strafe als bloße Züchtigung, als ein Mittel zur Besserung,

das den Verbrecher warnen, und ihn als Verirrten wieder auf den Weg des Guten und des Rechts zurückführen soll. Dieß beweist die unabläſſige Anwendung des Zucht- und des Arbeitshauſes, welche den größten Böſewicht und den kleinſten Schurken aufnehmen; dieß beweist jene ängſtliche Milde, die oft, ohne alle Rückſicht auf das öffentliche Wohl, das durch Strafe vor dem Verbrecher geſichert werden ſoll, ohne Rückſicht auf die Frage: wird auch hier dieſe Strafe ſtreng genug ſeyn, um als abſchreckender Bewegungsgrund zu wirken? die, ſage ich, ohne alle dieſe Rückſichten, auch noch den entſchiedenſten Verbrecher als einen gefallenen Unglücklichen behandelt, den man durch väterliche Züchtigung warnend wieder aufrichten, dem man daher ja nicht zu wehe thun muß, damit er nicht etwa verſtockt werde."

„Aus dem bisher Geſagten ergiebt ſich, daß wegen mangelnder Einheit des Zwecks der Strafe, in dem Entwurfe keine Haltung, keine Conſequenz des Ganzen möglich ſeyn konnte."

So ſpottet das Abſchreckungsprinzip, welches Feuerbach unmittelbar daran anknüpft, „um Haltung und Conſequenz zu gewinnen", gar noch der Humanität, welche den Verbrecher als Unglücklichen und Gefallenen behandelt, und ihn wieder zu heben ſucht. Aber die Kritik iſt zugleich, wenigſtens in der Hauptſache, ungerecht. Denn Kleinſchrod verbindet keineswegs vier Strafzwecke — moraliſche Vergeltung (wenn dieſe anders ein Strafzweck genannt werden kann), Prävention, Abſchreckung Anderer, und Beſſerung — mit einander, ſondern wendet vielmehr nur die Prinzipe der Prävention an. Was nämlich der ſ. g. moraliſchen Vergeltung zugeſchrieben wird, folgt aus dem rein ſubjectiven Standpuncte der Prävention, und eben ſo, was auf Rechnung der Beſſerung geſetzt wird; denn Prävention und Beſſerung ſind Begriffe, die im Weſentlichen mit einander zuſammenfallen. Hiernach bliebe nur noch Abſchreckung Anderer übrig. Allein theils glaubte Kleinſchrod nicht ſo weit gehen zu dürfen, der Präventionstheorie beſtehende Strafarten zum Opfer zu bringen; theils war er hinſichtlich der Todesſtrafe, vom Standpuncte eben dieſer Theorie in Verlegenheit, wie es ſeiner Zeit auch Grolman war, welcher erſt ins Reine kam, ſeitdem er die Abſchreckung durch das

Strafgesetz, als Generalprävention, mit der Spezialprävention verband.

§. 99.

Gleichwohl muß man der Ansicht Feuerbach's im Allgemeinen darin beistimmen, daß keine Gesetzgebung unter einem willkürlichen, aller Einheit des Prinzips entbehrenden Eklektizismus gedeihen kann. Gilt es vorerst, den Umfang des Strafgebiets (die Zahl der strafwürdigen, in das Strafgesetz aufzunehmenden, Handlungen) zu bestimmen, so muß dieß entweder vom Standpuncte des absoluten, oder des relativen Systems geschehen, nicht abwechselnd, bald von diesem, bald von jenem, weil sonst die Gesetzgebung an inneren Widersprüchen leiden würde. Denn die Beurtheilung beider Hauptclassen der Strafsysteme hat einen, und zwar wesentlich verschiedenen Umfang des Strafgebiets, je nach dem einen oder dem andern Standpuncte, ergeben. Eben so, wenn es gilt, die Qualität der Strafen (die rechtlich zulässigen Strafmittel), und deren Quantität (das Maaß, die Größe) zu bestimmen, indem, selbst unter den relativen Theorieen, gewisse Strafarten von der einen verworfen, von der (oder von mehreren) andern dagegen für zulässig, ja für unentbehrlich erklärt werden; die eine Theorie den Maaßstab der Strafe so, die andere anders bestimmt, namentlich was hier als Milderungsgrund der Strafe gilt, dort in dieser Eigenschaft nicht anerkannt, vielleicht gar als Strafschärfungsgrund aufgestellt wird.

Solt daher ein, die Qualität und Quantität der Strafe bestimmender, besonderer (oder Mittel-) Zweck der Strafe angenommen werden, so kann dieser immer nur als Einer gedacht werden; eine Verbindung mehrerer derselben, als coordinirter Strafzwecke, führt unvermeidlich zu den größten Widersprüchen. Dieß hat Feuerbach a. a. O. S. 51 fg. sehr treffend so ausgeführt:

„Das erste Erforderniß einer Criminalgesetzgebung, so wie eines jeden Werks der Vernunft oder Wissenschaft, ist, daß sie ein Prinzip habe, daß ihr ein Hauptgedanke zu Grunde liege, den sie planmäßig in dem ganzen Umfange aller einzelnen Bestimmungen verfolgt. Es soll dieser Gedanke nicht etwa in Worte zusammengefaßt, wie der Grundsatz einer Wissenschaft, so als

Grundgesetz aller besonderen Gesetze, den Eingang in die Gesetzgebung eröffnen; er soll und muß nur vorhanden gewesen seyn in dem Geiste des Gesetzgebers, muß diesen bestimmt und geleitet haben, muß daher in der Gesetzgebung selbst durch seine Resultate, durch die Consequenz und Einheit der Verordnungen, durch die Möglichkeit der Zurückführung aller einzelnen Bestimmungen auf ihn selbst, sein Daseyn jedem Aufmerksamen offenbaren. Dieses Prinzip kann in nichts anderem bestehen, als in dem „Zweck", der durch die Strafgesetzgebung erreicht werden soll, und dieser Zweck der Strafgesetzgebung kann durch nichts anderes bestimmt seyn, als durch den „Zweck der Strafe."

„Die ersten Fragen, die ein Gesetzgeber an sich thun, und die er, ich will nicht einmal sagen: mit Wahrheit — nur mit Bestimmtheit, und einig mit sich selbst, auf irgend eine Art sich beantworten muß, sind daher die: „Willst du die Verbrechen als Sünden, nach dem Gesichtspuncte der moralischen Ordnung, mit deinen Strafen vergelten? Oder willst du durch deine Strafen die Verbrecher bessern, so wie ein Vater und Vormund sein Kind oder seinen Pflegling züchtigt? Oder willst du prävenirend durch Strafe verhindern, daß der Verbrecher die Uebertretung nicht mehr thue, und für die Zukunft wenigstens nicht mehr äusserlich schädlich für den Staat sey? Oder bestimmst du dazu Strafen, um durch die Vorstellung des künftig bevorstehenden Uebels, abzuschrecken von der That, auf die jenes Uebel folgt, und zu verhindern, nicht bloß, daß ein schon vollendeter Verbrecher seine Uebertretung nicht wiederhole, sondern daß Niemand im Staat überhaupt in den Fall komme, Verbrechen zu vollenden?"

„Ist der Gesetzgeber mit sich über die Natur und den Zweck der Strafe uneins, oder denkt er ihn sich nicht deutlich und bestimmt, oder bleibt er sich nicht getreu und schwankt in der Ausführung hin und her: so wird sein Werk ein planloses, unzusammenhängendes, grundloses Ganze, das, wie jedes Gebäude, ohne Grund, unhaltbar, und durch sein Daseyn gefährlich ist. Eine Gesetzgebung, die sich einen „irrigen" Zweck der Strafe genommen, aber diesen consequent durchgeführt hat, wird denn doch diesen Zweck erreichen, und wenn dieser Zweck ein Zweck des

Staats ist, diesem Staat nützlich seyn, ob sie gleich als Strafgesetzgebung nicht ihren Zweck erfüllt. Hingegen eine Gesetzgebung, die gar kein Prinzip ergriffen oder behandelt hat, kann, da sie in ihrer Anlage zwecklos ist, unmöglich in der Anwendung für einen Zweck des Staats brauchbar seyn. Als ein bloßes Regelbuch für ein nutzloses Gequäle (denn von Strafen kann man unter solchen Voraussetzungen gar nicht reden), wird sie sogar den Character der Ungerechtigkeit bei aller scheinbaren Milde an sich tragen. Denn auch das kleinste Uebel, zwecklos einem Verbrecher zugefügt, ist die größte Ungerechtigkeit gegen diesen Verbrecher und gegen den Staat selbst." —

Also umgekehrt: ein, wenn nur zweckmäßig dem Verbrecher zugefügtes, großes Uebel ist die größte Gerechtigkeit gegen den Verbrecher, und gegen den Staat selbst — und dieses große Uebel, bei welchem Nützlichkeit und Gerechtigkeit zusammenfallen, ist die zuvor angedrohte, und daher unbedingt zu vollziehende Abschreckungsstrafe. Freilich mit einer solchen Gesetzgebung sieht es eben so schlimm aus, als mit jenen von Feuerbach absolut verworfenen Gesetzgebungen, weil sie ein vollständig abgerundetes, consequent durchgeführtes Ungerechtigkeitssystem ist, welches sich durch alle einzelnen Bestimmungen, vom ersten bis zum letzten Artikel, hindurch zieht. Gleichwohl behält Feuerbach in der Thesis recht, daß der Nützlichkeitsgesetzgeber, welcher ein Nützlichkeitsprinzip (einen, die Qualität und Quantität der Strafe bestimmenden, besonderen Strafzweck) will, nur die Wahl zwischen dem einen, oder dem andern Nützlichkeits- (d. h. den Maaßstab der Strafe vernichtenden) Prinzipe habe, wenn er nicht den Richtern ein System von Widersprüchen und Räthseln in die Hand geben will, da selbst der von Fichte eingeschlagene Weg, je nach Verschiedenheit der Verbrechen, besonders der Motive zu denselben, verschiedene Strafzwecke aufzustellen (was Bauer eine alternative Coalition nennt), wie seiner Zeit nachgewiesen wurde, nicht zum Ziele führt.

Darüber muß also ein solcher Gesetzgeber nothwendig mit sich im Reinen seyn, ob er Abschreckung, sie sey der einen oder der andern Art, oder Prävention, oder juridische Besserung, als Strafzweck anerkennen will. Aber auch nur „ein solcher" Ge-

setzgeber, nicht auch derjenige, welcher ohne Unterschied alle besonderen Strafzwecke verwirft, weil sie zu ungerechten Strafbestimmungen führen. Einem Gesetzgeber dieser Art wird es noch viel weniger in den Sinn kommen, eine Coalition derselben vorzunehmen.

Hiezu kommen noch folgende auf Coalitionen dieser und anderer Art sich beziehende, allgemeine Betrachtungen, zunächst vom philosophischen Standpuncte.

Einheit der Wissenschaft, ohne welche letztere nicht Wissenschaft, sondern ein formloses Aggregat des Wissens wäre, setzt nothwendig Einheit des Prinzips voraus. Eine Coalition mehrerer coordinirter Prinzipe oder Zwecke der Strafe widerspricht daher der ersten Anforderung an eine Wissenschaft. So wie es kein System des Rechts, der Moral, und der Religion geben kann, welches nicht auf Einheit des Prinzips beruhte, so läßt sich ohne solche auch keine Theorie des Strafrechts denken. Der Einwand, daß dieß zu Einseitigkeiten führe, und daß überhaupt die Mannigfaltigkeit des Lebens und der Verhältnisse sich nicht unter Ein Prinzip bringen — man sagt wohl auch: zwängen — lasse, drückt mit andern Worten aus, daß man kein Strafrechts-, sondern ein criminalpolitisches System wolle. Und von diesem Standpuncte hat man allerdings Recht, weil die Politik es sich gefallen lassen muß, auf ihrem Boden durch Politik modificirt, ja, wie die Abschreckungssysteme ergeben haben, selbst gezügelt und gezähmt zu werden. Allein von dem entgegengesetzten Standpuncte hat man Unrecht, weil das Gerechte nie der Vorwurf der Einseitigkeit treffen, und die Mannigfaltigkeit des Lebens und der Verhältnisse niemals bewirken kann, daß mit Recht und Unrecht abgewechselt werde.

Ferner: wenn die Combination mehrerer Prinzipe oder Zwecke der Strafe die Mängel des einen Systems durch die Vorzüge des andern bedecken soll, so übersieht man dabei, daß ein solches System unvermeidlich auch die sämmtlichen Mängel aller, den Gegenstand der Coalition bildenden Systeme in sich vereinigt, mithin die Unvollkommenheiten nur noch steigert.

Endlich haben solche Systeme die unvermeidliche Folge, daß

sie zu inneren Widersprüchen führen, und wenn diese geschlichtet werden sollen, kein anderes schlichtendes Prinzip als Willkühr gedacht werden kann.

Da diese Gründe auf sämmtliche Coalitionen, so weit sie bisher versucht worden sind, und noch versucht werden könnten, passen, so wird es keiner besonderen Anwendung derselben auf die oben (§. 97) beispielsweise mitgetheilten Systeme dieser Art bedürfen, so gewiß auch jede dieser Combinationen Anlaß zu besondern Ausstellungen giebt.

D. Die Rechtssysteme.

§. 100.

Einleitung.

Die mit dem Namen Rechtssysteme, im Gegensatze der Nützlichkeitssysteme, bezeichneten Theorieen des Strafrechts (eine Bezeichnung, gegen die freilich die Vertheidiger moralischer und dialektischer Vergeltungssysteme sich verwahren werden, weil ihnen alle relativen Systeme, Systeme des Nutzens sind) zeichnen sich vor den verschiedenen Abschreckungs-, den Präventions- und den juridischen, oder sonstigen Besserungstheorieen vortheilhaft dadurch aus, daß sie der bürgerlichen Strafe ein rechtliches Fundament geben, und aus diesem rechtlichen Fundamente der Strafe, ohne Annahme eines besonderen oder Mittelzwecks derselben, die höchsten Grundsätze der Strafrechts- und der Strafgesetzgebungs-Wissenschaft ableiten, was nicht nur die Consequenz der Wissenschaft mit sich bringt, sondern auch einer Theorie des Strafrechts, welche, um diesen Namen zu verdienen, kein bloß criminalpolitisches System seyn darf, allein angemessen ist.

Aber auch hier hat man verschiedene Wege eingeschlagen, um zum Ziele zu gelangen. Einige gehen nämlich davon aus, daß das dem Einzelnen gegen widerrechtliche Angriffe zukommende Recht der Selbstvertheidigung geradezu, oder doch analog, auch dem Staate, als moralischer Person, zukomme, und so wie jenes Recht seine bestimmten Gränzen habe, so auch dieses, unter dem Namen des Strafrechts dem Staate zukommende, Recht beschränkt

und begränzt sey. Andere hingegen gehen von dem Satze aus, daß das Strafrecht des Staats auf dem allgemeinen Entschädigungszwange beruhe, oder eine besondere Art desselben sey, nur mit dem Unterschiede, daß der dem Staat zugefügte, und durch die Strafe wieder aufzuhebende Schade ein intellectueller sey. Alle diese Systeme, welche mit dem Namen: Theorie der Selbsterhaltung oder (nach Martin) der analogen Nothwehr des Staats, und Vergütungs- oder Erstattungstheorieen (freilich kein recht bezeichnender Ausdruck) belegt werden, gehören unzweifelhaft zu den relativen Strafrechtssystemen; denn sie gehen sämmtlich von dem Staat aus, und lassen die Strafe zur Erhaltung desselben, sey es durch Abwendung der drohenden Gefahr, oder durch Aufhebung des angestifteten Schadens, dienen. Sollen sie „eben deshalb" nur Nützlichkeitssysteme seyn, so würde daraus folgen, daß auch in privatrechtlichen Verhältnissen die Rechte der Selbstvertheidigung und der Entschädigung nicht um des Rechts, sondern nur um der Nützlichkeit willen den Unterthanen gegeben seyen. Jener Vorwurf kann daher nur den Sinn haben, daß diese Theorieen nicht, gleich den absoluten, von dem Begriff der Strafe überhaupt (in ihrer höchsten Abstraction) ausgehen, sondern von dem sie allein angehenden Begriffe der bürgerlichen Strafe, welcher rechtlich begründet und begränzt werden soll.

Zunächst an die Wiedererstattungstheorie, oder vielmehr an deren Grundgedanken, knüpft sich eine andere Theorie, welche sich die Theorie der bürgerlichen Gerechtigkeit nennt, und ohne alle Anmaßung so nennen zu können glaubt, weil sie zwar Gerechtigkeit will, aber mehr nicht als eine unvollkommene, weil menschliche, gewähren kann, und diesen Gedanken zur Humanisirung (Vermenschlichung) der Strafgesetze, und des mit ihnen in unmittelbarem Zusammenhange stehenden Strafverfahrens — welche beide eben deshalb nicht von einander getrennt werden können — in möglichst reichem Maaße zu benutzen sucht. Mag diese Deduction auch kein eigentliches System genannt zu werden verdienen, so wird man ihr wenigstens die systematische Form, so wie ihre practische Richtung und gute Absicht nicht absprechen können.

§. 101.

1. Die Selbsterhaltungstheorie.

a. Schulze.

Dieser, vorzüglich als Verfasser des „Enesidemus" in der Geschichte der Philosophie bekannte Schriftsteller, geht in seinem Leitfaden der Entwickelung der philosophischen Prinzipien des bürgerlichen und peinlichen Rechts, Göttingen 1813 S. 339 fg., von dem Satze aus, daß die älteren Strafrechtstheorieen, namentlich diejenigen, welche einen besonderen Zweck der Strafe aufstellen, „entweder durch ihre Härte das humane Gefühl beleidigen, oder eine Nachsicht gegen manche Verbrecher auf eine, die Existenz und die Erreichung des Zwecks des Staats gefährdende Art zur Pflicht machen. Beides sey gleich zu mißbilligen, weil die Aufgabe einer Strafrechtstheorie die sey, das Sittliche oder Gerechte, welches durch den Staat zu realisiren sey, aufzufinden und zu entwickeln."

Zu diesem Behuf argumentirt Schulze auf folgende Weise:

„Das Wollen eines Menschen, bezogen auf einen Andern, kann entweder ein Wohl- oder ein Uebelwollen gegen denselben, oder keines von beiden enthalten. In jenem Falle erregt es dessen Billigung und Wohlgefallen, in diesem dessen Mißbilligung und Mißfallen, im letzten Falle endlich ist es für ihn gleichgültig."

„Das Wohlgefallen an dem uns bewiesenen Wohlwollen, wie das Mißfallen an dem Uebelwollen, wirkt zunächst auf unser Gefühl, dieses setzt aber unsere in die Aussenwelt eingreifenden Kräfte in Thätigkeit, deren Richtung, je nachdem sie von dem einen, oder von dem andern bestimmt werden, sehr verschieden ist. Durch das bewiesene Wohlwollen werden die Kräfte zur „Erwiederung" desselben bestimmt, welche, sich thätig äussernd, die Dankbarkeit gegen den Wohlthäter ausmacht; durch das Uebelwollen hingegen zu einem „Widerstande" gegen den Uebelwollenden aufgeregt, wodurch dessen uns schädliche Wirksamkeit gehemmt, und wo möglich ihren Folgen nach vertilgt werden soll. Ist jedoch diese Hemmung und Vertilgung nicht mehr möglich, dann geht der Widerstand auf Bewirkung eines angemessenen Schadensersatzes aus, und läßt sich auch dieser nicht erreichen, auf volle Sicherung gegen künf-

tige Beleidigungen. Diese Sicherheit wird, wenn wir ein fortdauerndes Uebelwollen bei dem Beleidiger annehmen zu müssen glauben, oft dadurch zu erhalten gesucht, daß man ihm entweder ein der Art nach gleiches, oder ein ähnliches Wehe zufügt, als er uns zugefügt hat. Ein solches Wehe soll gleichsam ein Merkzeichen für die Zukunft seyn, und in dem Beleidiger die Ueberzeugung hervorbringen, er könne uns nicht ungeahndet beleidigen, sondern beschließe ein Uebel über sich selbst, sobald er uns ein solches zuzufügen sich in den Sinn kommen lasse. Oft läßt sich aber volle Sicherheit nur durch den Tod des Beleidigers bewirken. Jede That nun, wodurch einem Andern, des uns bewiesenen Wohl- odes Uebelwollens wegen, ein angenehmes oder unangenehmes Gefühl zugefügt wird, heißt „Vergeltung oder Wiedervergeltung."

„Jene Aeusserungen der Billigung und Mißbilligung sind aber nicht bloß auf das uns selbst bewiesene Wohl- und Uebelwollen eingeschränkt. Wir schätzen und billigen auch die Verdienste, die sich Jemand um Andere erworben hat. Vorzüglich aber bringen uns Mißhandlungen und Ungerechtigkeiten, besonders die vor unsern Augen einem Unschuldigen zugefügten, sollte er auch eine uns völlig unbekannte Person seyn, gegen deren Urheber oft eben so sehr auf, als wenn sie uns selbst zugefügt worden wären, und reißen uns zur Wiedervergeltung derselben an dem Urheber hin."

„Dieser natürliche Trieb zur Wiedervergeltung des von Andern verursachten Guten und Bösen, scheint zwar zunächst aus dem Egoismus zu entspringen, wirkt aber dennoch kräftig demselben entgegen. Besonders wird durch die Wiedervergeltung zugefügter und beabsichtigter Beleidigungen, der Neigung hiezu eine Schranke gesetzt, ohne welche sie (die Neigung) bald herrschend werden, und das Menschengeschlecht ohne Schutz seyn würde."

„Aber der Trieb nach Wiedervergeltung von uns zugefügten Uebeln, kann auch zu einem verheerenden Uebel in der Menschenwelt werden. Dieß ist der Fall, wenn er nur durch die Sinnlichkeit geleitet wird, woraus alsdann affectvoller Zorn entspringt, der, öfter erregt, in leidenschaftliche Rache übergeht, und

in dieser Höhe ein Zustand wird, in welchem das egoistische Gefühl das Mitgefühl völlig unterdrückt, und die Uebel, so man dem Beleidiger zufügt, nicht nach dem, was die Sicherheit gegen dessen Angriffe fordert, sondern nach der Lust, ja Wonne, welche die Befriedigung der Rache gewährt, abgemessen werden."

„Eine ganz andere Beschaffenheit erhalten hingegen die Aeusserungen jenes Triebes, wenn sie „durch die Vernunft" auf ihre „ursprüngliche Bestimmung" in der menschlichen Natur eingeschränkt, und mit den übrigen der dieser Natur eigenthümlichen Triebe in Einklang gebracht werden. Diese Leitung derselben mittelst der Vernunft hat man auch bei dem Begriffe der Ausübung einer „untadelhaften Selbstvertheidigung" oder gerechten Nothwehr (moderamen inculpatae tutelae) vor Augen gehabt. Die Merkmale derselben, wenn sie ganz allgemein gedacht wird, bestehen nämlich darin, daß man die That eines Andern „erst dann" als eine Beleidigung aufnimmt, wenn solche (entweder) als ein Uebel „empfunden" worden, oder von der Beschaffenheit ist, daß sie nach Regeln der empirischen Wahrscheinlichkeit die Ursache eines Uebels für uns „werden kann"; daß man ferner dem Beleidiger „nur so viel" Widerstand leistet, „oder" Uebel zufügt, als nöthig ist, um (entweder) „Vertilgung" der zugefügten Beleidigung, oder „Sicherheit" unserer Person und Rechte, gegen dessen Angriffe darauf zu bewirken; endlich, daß „harte Mittel" erst angewendet werden, wenn keine Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, durch gelinde etwas ausrichten zu können."

„Diese (drei) Merkmale der von der Vernunft geleiteten Selbsterhaltung durch Selbstvertheidigung gegen „zugefügte oder beabsichtigte" Beleidigungen, bestimmen das objective Recht bei der Befriedigung des darauf gerichteten Triebes, aus welchem Rechte wiederum „die Gränzen der Berechtigung dazu" (das subjective Recht) abgeleitet werden müssen. Uebrigens ist der Mensch auch gegen seinen Beleidiger eines Betragens fähig, wodurch gänzliche Erhabenheit über allen Einfluß der Sinnlichkeit auf die Selbstvertheidigung zu erkennen gegeben wird. Es zeigt sich aber darin, daß man jenen, so bald er für uns unschädlich geworden ist, als ein des Wohlwollens würdiges Object behandelt, und wird bis zur

Großmuth erhöht, wenn man für denselben von seinem eignen Wohlergehen einen Bestandtheil opfert."

(Anmerk: „Daß der Trieb des „Widerstandes gegen Unrecht" eben so wohl im Dienste der Sinnlichkeit, als in dem der Vernunft stehen könne, und in dem einen Falle ein ganz anderes Product liefere, als in dem andern, hat bereits Plato, zwar in der ihm eigenthümlichen Manier, aber doch auf eine der Wahrheit angemessene Weise dargestellt. Vgl. dessen **de republica Lib. 4 p. 369, und Timaeus p. 387 edit. Bipont.**")

„Aber auch diejenige Verbindung, welche wir „Staat" nennen, ist eben so gut zur Selbsterhaltung, also auch zur Selbstvertheidigung gegen alle Angriffe auf das, durch ihre eigenthümliche Natur und Zwecke bestimmte Leben und Wohlseyn berechtigt, und zwar bloß durch sich selbst, und um ihrer selbst willen. Denn, weil sie existiren, bestehen und gedeihen soll, so widersteht sie mit Recht Allem, was dieselbe hieran hindern will. Da es nun Menschen sind, welche jene Selbsterhaltung durch Selbstvertheidigung gegen Beleidigung anordnen und handhaben, Alles aber, was von Menschen gethan werden soll, durch eine und dieselbe der menschlichen Natur beiwohnende Vernunft bestimmt wird: so gelten diejenigen Bestimmungen der Selbstvertheidigung des einzelnen Menschen, wodurch, wie vorhin gezeigt wurde, diese erst Darstellung und Ausdruck eines sittlich Guten, oder objectiv recht wird, ganz gewiß auch von der Selbstvertheidigung des Staats gegen seine Beleidiger, man müßte denn dessen Organisation und die Regel ihrer Erhaltung von einer übermenschlichen Vernunft ableiten wollen, wie etwa in einer Theokratie geschieht."

„Allein die Verschiedenheit des Staats von dem einzelnen Menschen, und jenes seiner Verhältnisse zu andern Staaten, so wie zu den ihn bildenden Bürgern, von den Verhältnissen dieser zu einander, bringt an der Vertheidigung des ersteren gegen Beleidiger nothwendig „besondere Bestimmungen" hervor, die an der Selbstvertheidigung des einzelnen Menschen gegen den einzelnen Beleidiger nicht statt finden können. Da jedoch die Entwicklung dieser Bestimmungen, sofern sie sich auf die Selbstvertheidigung eines Staats gegen den andern (z. B. im Kriege) beziehen,

in die Völkermoral gehört, so haben wir davon hier bloß diejenigen anzugeben, welche dessen Selbstvertheidigung gegen die Angriffe von Seiten seiner Bürger betreffen."

„Wegen der besonderen Verbindung, in welcher die Mitglieder eines Staats mit demselben stehen, und weil jene diesem zu „Mehrerem" verbindlich sind, als wozu der Einzelne gegen den Einzelnen (oder auch eine bloße Corporation gegen die andere) verbindlich seyn kann — erhalten die Handlungen, wodurch der Staat beleidigt wird, und die ihn der Selbsterhaltung wegen zum Widerstande dagegen auffordern, einen „weit größeren Umfang", als dasjenige haben kann, was von dem Einzelnen als Beleidigung seiner Person und Rechte aufzunehmen und zu behandeln ist. So z. B. wird das Verhalten der Bürger im Staate, und ihr das Wohl und Wehe desselben beförderndes Handeln, durch herrschende Ideen, Grundsätze und Sitten bestimmt. Wer sich also an diesen vergreift, die Heiligkeit und Gültigkeit der ersteren auf irgend eine Art untergräbt, die letzteren aber durch böses Beispiel verdirbt: der greift auch den Staat selbst an, und wird von diesem mit Recht als ein Feind, dem Widerstand geleistet werden muß, behandelt. Wenn daher der Censor im republikanischen Rom die Ueppigkeit und Verschwendung an dem Patrizier, die Wortbrüchigkeit aber, sogar gegen den Feind, an Jedem, der sich ihrer schuldig gemacht hatte, und überhaupt alle Abweichungen von den alten Sitten auf das nachdrücklichste bestrafte: so geschah dieß dem Strafrechte gemäß, welches dem Staat zukommt, und hat (nach Gibbon) zu der Größe von Rom eben so viel beigetragen (was von unsern „heutigen Censoren" nicht gleicherweise behauptet werden kann), als die einem siegreichen Feldherrn bewilligten Triumphe, und die Bestrafung von Ungerechtigkeiten."

„Indeß kann sich der Staat, mit Rücksicht auf seine Ueberlegenheit, viel leichter gegen feindselige Unternehmungen des einzelnen Bürgers sichern, als das von einem Anderen angegriffene Individuum, und ausserdem stehen demselben eine Menge von Mitteln zu Gebote, um gefährliche Subjecte für die Zukunft unschädlich zu machen. Daher kann der Staat weit eher „durch

gelinde Mittel" seine Selbsterhaltung bewirken, als das in seinen Rechten angegriffene Individuum."

Bei der Bestrafung der Bürger muß ferner der Staat die Verbindung berücksichtigen, vermöge welcher sie Mitglieder von ihm waren, und deren physisches und moralisches Wohlseyn mit zu seinen Absichten gehörte. Insofern wäre zwischen der Bestrafung eines Bürgers und eines Fremden ein Unterschied zu machen; ja, wenn der straffällige Bürger sich früher Verdienste um den Staat erworben haben sollte, so müßte dieß als Milderungsgrund der Strafe, oder doch als Grund für die Ausübung des Begnadigungsrechts anerkannt werden."

„Hingegen die „Großmuth", welche oben als Beweis der völligen Besiegung alles Einflusses der Sinnlichkeit auf die Ausübung des Selbstvertheidigungsrechts bezeichnet wurde, kann hier nicht gränzbestimmend seyn. Denn so gewiß sie in vielen Fällen ohne Nachtheil für die eigne Sicherheit statt finden kann, eben so gewiß würde sie, vom Staat ausgeübt, das Laster und die Frechheit nur noch kühner machen.".

„Diese Theorie, obgleich nur in ihrem Fundamente entwickelt, trifft wenigstens keine der Einwendungen, welche die andern Theorieen zur Begründung eines Criminalrechts unbrauchbar machen. Denn nach ihr wird der Verbrecher nicht etwa zum Nutzen und Frommen für Andere, oder gar zu Ehren des gegebenen Strafgesetzes, sondern bloß deswegen bestraft, „weil er sich in Beziehung auf den Staat einer Uebelthat schuldig gemacht hat." Auch verlangt sie nicht, um ja das Strafübel mit dem Uebel, welches der Uebelthäter einem Andern zufügte, „vollkommen gleich" zu machen, eine unerreichbare Einsicht des Grades der Empfänglichkeit eines jeden Uebelthäters für Schmerzen, übergiebt aber auch eben so wenig die Bestimmung der Strafübel im Staate der bloßen Willkühr. Ferner wird nach ihr der Staat keineswegs angewiesen, ohne Beachtung der Gefahr, künftig von demselben Verbrecher wieder beleidigt zu werden, diesem die verdiente Strafe zu erlassen, weil er „Besserung" verspricht oder heuchelt. Noch weniger kann man ihr vorwerfen, daß sie, mit Consequenz ausgeführt, Strafen verlange, welche das „humane Gefühl" em-

pören, und der Strafjustiz das Ansehen geben, daß dabei nicht die Gerechtigkeit, die nicht den Gegensatz der Humanität bildet, sondern die Rache (nach dem Satze: Auge um Auge, Zahn um Zahn) den Vorsitz führe."

„Doch vollständig wird sich erst diese Theorie erzeigen, wenn sie die Fragen: welche Handlungen sind im Staate strafwürdig? und nach welchem Maaßstabe (qualitativ und quantitativ) sind dieselben zu bestrafen? beantwortet haben wird."

§. 102.

Und in der That, wenn man, um vor der Hand hier abzubrechen, den Entwickelungsgang dieser Theorie, so weit sie das Fundament (den Rechtsgrund) der bürgerlichen Strafe betrifft, unpartheiisch in's Auge faßt: so verdient sie so wenig die ihr von den Beurtheilern gewöhnlich zu Theil werdende kurze Abfertigung, daß sie vielmehr als ein bedeutender Fortschritt zur Wahrheit rühmend anerkannt werden muß, so verfehlt auch das Fundament, welches sie der Strafe giebt, seyn mag.

Erstens erscheint es als ein unverkennbarer Fortschritt zur Wahrheit, daß Schulze (vgl. dessen Vorrede zum Leitfaden ꝛc.) sich von der Kant-Fichte'schen Rechtslehre völlig lossagte, weil sie Recht und Moral einander in der Weise entgegensetzt, daß es nur eines kleinen Schrittes bedarf, um von diesem s. g. (d. h. entsittlichten) Rechte auf das Gebiet der bloßen Criminalpolitik versetzt zu werden, und damit allem Recht ein Ende zu machen. Aber freilich die positiven Juristen und Rechtsphilosophen der damaligen und einer späteren Zeit hatten sich jenes Gegensatzes so fest bemächtigt, daß Schulze mit seinem Satze, daß das Recht nicht Gegensatz, sondern Theil der Moral sey, so gut wie gar nicht gehört wurde.

Ein zweiter, mit dieser Auffassung des Rechtsbegriffs zusammenhängender, Fortschritt ist der, daß Schulze von vorne herein alle besonderen oder Mittel-Zwecke der Strafe, durch welche das Strafmaaß bestimmt werden soll, ausdrücklich verwirft. Denn sie führen nach seiner, und zwar richtigen, Ansicht entweder zu unverdienter Strenge, die der Gerechtigkeit widerstreitet, oder zu

unverhältnißmäßiger Milde, ja zur Strafloſigkeit da, wo die Gerechtigkeit ſtrenge Strafen, oder überhaupt Strafen gebietet.

Hieraus ergiebt ſich, als dritter Fortſchritt zur Wahrheit, der Satz, daß die Strafe an ſich, und ihrem Maaße nach immer eine gerechte ſeyn ſoll; denn ſie kann nur als auf dem Rechtsgeſetze, als Theil der Moral, beruhend gedacht werden, muß daher ein rechtliches, und zwar ausſchließlich rechtliches, und eben deshalb ſittliches Fundament haben.

Als vierter Vorzug dieſer Deduction iſt hervorzuheben, daß ſie, eben um dieſes rechtlichen Fundaments (im Gegenſatze des bloß politiſchen) willen, die Strafe als rechtlich nothwendige Folge eines verübten Verbrechens auffaßt, alſo dieſelbe nicht, wie die Nützlichkeitstheorieen, auf die Zukunft bezieht.

Ein weiterer Fortſchritt zur Wahrheit beſteht endlich darin, daß Schulze von der Strafgerechtigkeit Humanität verlangt, und zwar aus einem doppelten Grunde. Vorerſt, weil das Rechtliche (als Theil des Sittlichen) ſeinem Weſen nach nicht im Widerſpruch, oder in einem Gegenſatze mit dem Humanen ſtehen könne — was nur der Fall ſey, wenn das Recht mit der Politik identificirt werde; es möchte denn die (niedere) Politik, aus (höheren) politiſchen Gründen, hin und wieder human werden wollen. Sodann, weil dem Staat zu ſeinem Schutze ſo viele auſſerordentliche Präventiv- und Repreſſiv-Mittel zu Gebote ſtehen, daß im Allgemeinen ſchon mildere Strafen zur Erhaltung des Rechtszuſtandes ausreichen müſſen. Und darin liegt eine große Wahrheit. Erwägt man dagegen, wie die neueren Strafgeſetzgebungen z. B. ſchon die hochverrätheriſche Verbindung von nur zwei Perſonen zum Umſturze der beſtehenden Verfaſſung mit den ſchwerſten Strafen bedrohen, ſo möchte man dieß mit einem, eine Mücke zertretenden Elephanten vergleichen. Stände die politiſche Exiſtenz des Staats auf ſo ſchwachen Füßen, wie jene Geſetzgebungen anzunehmen ſcheinen, ſo würden ſelbſt ſolche Strafdrohungen nichts nutzen.

Nicht aber hätte Schulze das Selbſtvertheidigungsrecht, welches ihm zugleich Strafrecht iſt, aus einem, wenn gleich durch Vernunft geregelten, Triebe der menſchlichen Natur (dem Selbſterhaltungstriebe) ableiten ſollen. Denn, wäre ein bloßer Na-

turtrieb die Quelle jenes Rechts, so müßte auch bei Thieren von dem gleichen, nur ungeregelten, rechtlichen Verhältnisse die Rede seyn können, was doch undenkbar ist. Ueberhaupt hat die Beurtheilung der Kapff'schen Theorie ergeben, daß eine solche Ableitung verfehlt ist. Recht und Moral, selbst wenn man sie einander entgegensetzt, lassen ein Recht des Widerstandes zu, und dieses Recht, wie alle Rechte und Pflichten des Menschen, kann nur aus der Vernunft abgeleitet werden, während diese nach Schulze nur temperirend (zügelnd) und maaßgebend für ein aus einer andern Quelle entsprungenes Recht (des Widerstandes) seyn soll.

Eben so wenig kann zugegeben werden, daß das Recht der Selbstvertheidigung oder das Nothwehrrecht, welches auch dem Staate zukomme, das Strafrecht in sich begreife. Zwar sucht Schulze dieß durch den Satz zu vermitteln, daß Wiedervergeltung eigentlich nur Sicherung gegen künftige Verletzungen bezwecke, und in sofern zum Recht der Selbstvertheidigung im weiteren Sinne gehöre. Allein theils widerspräche er dann sich selbst, weil nach seiner, bestimmt ausgesprochenen, Ansicht die Strafe „eine rechtlich nothwendige Folge des Verbrechens seyn soll", was sie nicht seyn könnte, wenn sie zunächst nur Mittel (ein Denkzeichen, wie Schulze sagt) wäre, um den Schuldigen von weiteren Angriffen abzuhalten; theils bilden nach juridischem und allgemein anerkanntem Sprachgebrauche das Recht der Selbstvertheidigung und das Strafrecht einen Gegensatz, in der Weise, daß weder das einem Andern — es sey von einer Privatperson, oder von dem Staat (z. B. bei gefährlichen Angriffen auf ihn selbst) — zugefügte Uebel Strafe, noch umgekehrt das in Ausübung des Strafrechts zugefügte Uebel (die Strafe) ein bloß abwehrender (defensiver, Vertheidigungs-) Zwang genannt wird. In dieser Beziehung genügt es, auf die Beurtheilung der Grolman'schen Theorie (§. 77) zu verweisen.

Zwar hat Schulze diesen Einwand vorausgesehen, und ihn (a. a. O. S. 358) zu beseitigen gesucht; allein nicht mit Glück. Er sagt nämlich: „Vielleicht wird Mancher der Selbsterhaltungstheorie und ihrem Prinzipe für eine Criminalgesetzgebung zum

Vorwurf machen, daß sie auf einer Verwechselung wesentlich verschiedener Begriffe beruhe, indem Selbsterhaltung oder Vertheidigung gegen Angriffe gar nichts vom Begriff einer Strafe in sich schließe, daher auch kein Mensch sage, man habe denjenigen bestraft, welchem, um seine Beleidigungen abzuwehren oder ihnen zuvorzukommen, ein Uebel zugefügt wurde, oder welchen man, um gegen dessen Beleidigungen sicher zu seyn, eingesperrt oder auf sonstige Weise ausser Stand gesetzt hat, ferner zu schaden. Denn durch Berufung auf den Sprachgebrauch hat ja auch bewiesen werden sollen, daß Züchtigung gar keine Strafe ausmache, und auch nicht als eine Art von dieser ausgegeben werden könne."

„Allerdings schließt der Begriff der Selbstvertheidigung und der Sicherung gegen künftige Angriffe noch nicht den der Strafe in sich, und jene können ohne Zufügung eines Strafübels statt finden. Allein die Frage, worauf es hiebei ankommt, ist die: ob dergleichen Zufügung nicht als ein Mittel jener Selbsterhaltung und Sicherung gebraucht werden könne und dürfe? Das (physische) Können kann aber eben so wenig bestritten werden, als das Dürfen. Nun ist es aber dem Sprachgebrauche gemäß (wie schon Adelung ergiebt), jedes Uebel, das einem Andern seines unrechtmäßigen Betragens wegen zugefügt wird, eine Strafe zu nennen. Mithin sind Selbsterhaltung und Strafzufügung keine einander fremde, oder gar unverträgliche Begriffe, sondern es kann Acte jener geben, die aus dieser bestehen. Wohl aber ist es gegen allen Sprachgebrauch (mit Feuerbach), die bloße Drohung, oder nur dasjenige Uebel, welches vorher gedroht worden ist, Strafe zu nennen."

Allerdings ist diese letztere Bemerkung gegründet. Allein kümmert sich das Abschreckungsprinzip nicht um Recht und Moral, wie sollte es sich an den bloßen Sprachgebrauch gebunden halten? Vielmehr schafft sich die Politik erst ihre Begriffe und ihren eignen Sprachgebrauch in dem Sinne, wie sie ihr am brauchbarsten sind. Aber eben so gewiß hat Schulze's, gerechte und humane Strafbestimmungen bezweckende, Ansicht den Sprachgebrauch wider sich; und nicht nur diesen, sondern auch aus höheren (wissenschaftlichen) Gründen müssen Recht der Nothwehr und Straf-

recht, welche bei Schulze unvermerkt in einander übergehen, scharf von einander getrennt werden. Vorerst weil sie, wie bei Grolman's Theorie nachgewiesen wurde, neben oder nach einander in Anwendung kommen können; denn den widerrechtlichen Angreifer, auch wenn er von dem Angegriffenen Verletzungen erduldet hat, trifft dennoch Strafe, und so auch die vom Staat in der Ausübung der Selbstvertheidigung verletzten inneren Feinde, z. B. Hochverräther, Aufrührer ꝛc. Sodann, weil ein Recht der Selbstvertheidigung gegen Angriffe auf die Person gedacht werden kann, ohne daß daneben eine Bestrafung des Angreifers möglich wäre, wie z. B. wenn sich der Mensch, wozu er rechtlich und moralisch befugt ist, gegen Angriffe gemüthskranker Personen, oder gegen Thiere vertheidigt. Endlich wird gewiß jeder württembergische Jurist des wesentlichen Unterschiedes zwischen Strafe, und den nach Grundsätzen der Selbstvertheidigung (Nothwehr) zu beurtheilenden, Zwangsmitteln (zur Erforschung der Wahrheit) in Gemäßheit der neuen Strafproceß-Ordnung, Artt. 143–44, eingedenk seyn. Bei jener — der Strafe — mit welcher der Richter anhebt, kommt es nicht darauf an, ob der Angeschuldigte auf seinem Schweigen beharrt oder dasselbe bricht (denn die Strafbarkeit einer Handlung wird **ex tunc**, und nicht **ex nunc** beurtheilt); hingegen jenes — das Zwangsmittel — welches nach fruchtloser Erstehung der Strafe eintritt, muß sistirt werden, sobald der Angeschuldigte das begehrte Zeugniß gegen sich selbst ablegt. An so etwas konnte freilich Schulze noch nicht denken! Aber auch seine Gründe sind nicht einmal recht deutlich. Der erste Grund scheint auszudrücken: die Strafe kann (physisch) als ein Mittel zur Selbsterhaltung und Sicherung dienen, folglich muß sie auch (rechtlich) dazu benutzt werden dürfen. Allein, wenn dieß der Sinn ist, so kann ein Schluß von dem bloßen Können auf das Dürfen (oder vielmehr Sollen, weil der Staat, wenn er straft, kein bloßes Recht, sondern eine Pflicht, und darum ein Recht ausübt) nicht zugegeben werden. Bei dem zweiten Grunde: es kann (umgekehrt) Acte der Selbstvertheidigung geben, die aus einer Strafzufügung bestehen, giebt Schulze selbst zu, daß dieß nur seyn „könne", also nicht immer der Fall sey. Wir müssen

aber selbst dieses Können (in einzelnen Fällen) bestimmt in Abrede stellen.

Somit entbehrt freilich diese Theorie, ihrer gerühmten Vorzüge ungeachtet, alles rechtlichen Fundaments der Strafe; allein jene werden dadurch keineswegs geschmälert. Denn es ist und bleibt immer ein unverkennbarer Vorzug dieses Systems, daß dasselbe nicht durch Politik, sondern durch das Recht (als Theil der Moral), der Strafgewalt des Staats Schranken setzt. Diese rechtlichen Schranken sind schon mit dem Begriffe der Selbstvertheidigung (im Sinne Schulze's) gegeben, und lauten so: Erstlich, die That eines Andern ist erst dann Beleidigung, wenn sie entweder als ein Uebel empfunden, oder die wahrscheinliche Ursache eines solchen ist. (In jenem Falle ist eine Verletzung, in diesem ein unmittelbarer Angriff gemeint). Zweitens: dem Beleidiger darf nur so viel Widerstand geleistet werden, als nöthig ist, um entweder Vertilgung der zugefügten Beleidigung, oder Sicherheit unserer Person und Rechte gegen dessen Angriffe darauf zu bewirken. (Auch hier hat Schulze im ersten Fall das Strafrecht, im zweiten das Selbstvertheidigungsrecht im Aug.) Drittens: es dürfen keine harten Mittel angewendet werden, wenn nach Gründen der Wahrscheinlichkeit schon gelinde ausreichen. Dieser letztere Satz drückt mehr aus, als was im Sinne der relativen Theorieen darin liegt, daß nämlich Strafen nur in Ermangelung milderer Maaßregeln gerechtfertigt seyen, indem Schulze damit zugleich den Satz ausdrücken will: je mächtiger der Angegriffene sey, und ein solcher ist der Staat, um so weniger dürfe er strenge Mittel zu seiner Erhaltung anwenden, weil er ihrer nicht bedürfe.

Bei der Nothwehr ist dieß auch überall gesetzlich ausgesprochen, indem Excesse in der Ausübung des Selbstvertheidigungsrechts (deculpata tutela) je nach den Umständen als vorbedachte, im Affect verübte, oder culpose Tödtungen und Körperverletzungen strafbar sind (Commentar über das württ. Str.G.B. Thl. 3 S. 125, 443, 485). Aber eben dieselben Gesetzgebungen, welche die Unterthanen wegen solcher Excesse strafen, lassen vom Standpuncte des Abschreckungsprinzips dem Staat die ärgsten Excesse

in der Ausübung des Strafrechts nach. Was daher der Staat dort straft, dazu wird er hier auf Kosten minder Schuldiger gesetzlich autorisirt. Jede Bestrafung über den Grad der Verschuldung hinaus ist aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Unrecht, ein Verbrechen gegen den minder Schuldigen, so sehr auch die Politik es zu bemänteln bemüht ist.

§. 103.

Doch, wir haben nunmehr den weiteren Entwickelungsgang dieser Theorie theils hinsichtlich des Umfangs des Strafgebiets, theils hinsichtlich des Maaßstabes der Strafe zu verfolgen; denn daß es ihr auch weiterhin nicht an treffenden Wahrheiten fehlen werde, das läßt sich schon nach ihrer ganzen Anlage zum Voraus erwarten.

„Strafe, fährt Schulze (a. a. O. S. 360 fg.) fort, bezieht sich auf eine vorhergegangene Beleidigung, und diese auf einen Willensact, der nicht hätte statt finden sollen. Wenn also das Uebel, so Jemanden trifft, nicht durch das Wollen eines Menschen verursacht worden ist, so kann es auch nicht bestraft werden. Hiernach muß den Fragen: welche Handlungen, und nach welchem Maaßstabe der Staat dieselben zu strafen habe, die Lehre von der Zurechnung voraufgehen."

„Die Zurechnung besteht in dem Urtheile, daß Jemand freier Urheber (causa libera) einer Handlung sey. Sie ist entweder Zurechnung zum Verdienste (im weiteren Sinne), wenn die Handlung der Pflicht gemäß ist, oder zur Schuld, wenn sie mit der Pflicht streitet."

(Anm.: „Verdienst im engeren Sinne findet dann statt, wenn Jemand mehr thut, als wozu er verbindlich ist. Dieß kann aber in Beziehung auf den ganzen Umfang unserer Pflichten nie der Fall seyn" — wie es auch das Christenthum lehrt. Deshalb kann ein Verdienst im weiteren Sinne, als gleichbedeutend mit bloßer Pflichterfüllung, noch weniger gedacht werden).

„Wendet man den Begriff der Freiheit auf die Zurechnungsfähigkeit einer bösen That an, so wird solche dadurch begründet, daß die Idee von dem, der That entgegengesetzten Guten oder Pflichtmäßigen, von dem Thäter nicht bis zu dem Grade belebt

und verstärkt worden ist, in welchem sie alle, aus der Sinnlichkeit herrührenden Reize zur That zu überwinden im Stande war. Daraus aber, daß in dem Augenblicke des Beschlusses der bösen That dergleichen Belebung der sittlichen Idee nicht mehr möglich war, folgt nicht, daß sie nicht schon früher hätte bewirkt werden können, wodurch, wenn es geschehen wäre, der Beschluß verhindert wäre."

„Zur vollständigen Zurechnung gehören zwei ihrem Inhalte und ihren Gründen nach verschiedene Urtheile. Durch das erste (imputatio facti) wird ein empirisch gewisses Ereigniß auf einen Menschen, als freie Ursache derselben bezogen. Das zweite (imputatio juris) bestimmt die Größe des Verdienstes oder der Schuld einer That."

„Die Größe einer Kraft, also auch derjenigen, mit welcher die Freiheit thätig gewesen ist, schätzen wir nach der Größe der Hindernisse, die sie bei ihrer Aeusserung zu überwinden vermochte. Das Verdienst einer guten Handlung ist daher um so größer, je mehrere aus der Sinnlichkeit herrührende Hindernisse derselben durch die Kraft sittlicher Ideen dabei überwunden wurden; die Verschuldung wegen einer bösen That hingegen desto größer, je wenigere, aus der Sinnlichkeit herrührende Hindernisse bei der Ausübung der entgegengesetzten Pflicht überwunden zu werden brauchten."

Weiter handelt Schulze von der Zurechnung zum Dolus und zur Culpa, und von den die Zurechnung aufhebenden Gründen, und geht dann (a. a. O. S. 377 fg.) auf die Frage über: welche Handlungen strafwürdig seyen?

„Da das Strafrecht des Staats, fährt der Verf. fort, in dem Rechte zur Selbstvertheidigung gegründet ist, so kann nicht Alles, was mit den menschlichen Pflichten, und weil es damit streitet, sondern nur, was den Zwecken desselben entgegenwirkt, und deren Erreichung hindert oder erschwert, vom Staate bestraft werden. Eine Menge pflichtwidriger Handlungen, z. B. Unmäßigkeiten in Genüssen, oder im Streben nach sinnlichen Gütern, gehören, wenn sie weder die zum Leben und Gedeihen des Staats nöthige Ordnung stören, noch auch als böse Beispiele ansteckend sind und das moralische Gefühl des Volks stumpf machen,

nur vor den inneren Richter (forum internum, den Richterstuhl des Gewissens), nicht aber vor den öffentlichen Gerichtshof des Staats (forum externum). Eben so sind bloße Wünsche und Gedanken, ob sie gleich auf etwas diesem Schädliches gerichtet und unmoralisch seyn mögen, nicht Objecte der Bestrafung durch denselben (cogitationis poenam nemo patitur). Denn so lange sie nur Wünsche und Gedanken bleiben, haben sie weder dem Staat ein Uebel zugefügt, noch können sie ihm ein solches zufügen. Ganz anders ist indeß von denjenigen bösen Vorsätzen zu urtheilen, zu deren Ausführung bereits Anstalten getroffen sind, oder deren Absicht nur durch zufällige, von dem Willen des Uebelthäters ganz unabhängige Ereignisse hintertrieben worden ist. Dadurch wird nämlich ein dem Staat gefährlicher böser Wille an den Tag gelegt, und dieser fordert jenen, seiner Sicherheit wegen, zum Widerstande dagegen auf. In dieser Beziehung weicht diese Theorie wesentlich von der Wiedervergeltungs-Theorie ab, welche zur Bestrafung immer ein wirklich zugefügtes Uebel voraussetzt."

„Nicht aber erst durch die Strafdrohung wird eine Handlung strafwürdig, sondern sie ist es schon ihrer inneren Natur oder dem Verhältnisse nach, in welchem sie zu dem Zwecke des Staats steht. Jenes behauptet „der Terrorismus" im Strafrecht, obwohl es einleuchtend ist, daß da dem Staat, wie jedem Einzelnen, das Recht der Selbstvertheidigung gegen zugefügte Uebel zusteht, ihm solches auch ohne Strafdrohung zustehen muß. Der vom Staat angestellte Criminalrichter ist aber freilich nicht der Inhaber und Ausüber der obersten Staatsgewalt, sondern hat nur bereits gegebene Strafgesetze auf die darunter gehörigen Fälle anzuwenden, (wonach man zwischen strafwürdigen und strafbaren Handlungen unterscheiden muß)".

„Auch Verbrechen im Nothstande verübt, sind, wenn gleich ein solcher Zustand die Schuld des Thäters sehr vermindert, strafwürdig. Denn ein Recht auf Unrecht giebt es nicht, und der (sogar von Kant geltend gemachte) Grund, daß hier kein Abschreckungsgesetz fruchten würde, entscheidet vom Standpuncte der Selbsterhaltungs-Theorie nicht. Durch Bestrafung kann we-

nigstens die Wiederholung solcher Handlungen verhütet, und der Abscheu dagegen im Volke unterhalten werden."

„Auch Verbrechen aus vermeintlichem Pflichtgefühl, irre geleitetem Patriotismus, oder aus Schwärmerei, hat der Staat um seiner Erhaltung willen zu strafen, obgleich die Schuld wegen einer solchen That weit geringer ist, als bei Handlungen, die der Thäter als gesetzwidrig erkannte. Und wenn Gefühle, welche sonst eine Zierde der menschlichen Natur bilden, als da sind die gegen Blutsverwandte, Freunde und Wohlthäter, Beweggründe zu gesetzwidrigen Handlungen, oder zu einer Theilnahme an denselben gewesen seyn sollten: so wird zwar dadurch die Schuld des Urhebers oder Theilnehmers vermindert, und der Staat muß sogar dafür Sorge tragen, daß jene Gefühle im Volke herrschend bleiben, weil sie der Keim zu vielem Guten für denselben sind. Allein den nachtheiligen Wirkungen aus denselben „in gewissen Fällen" wirkt er seiner Selbsterhaltung wegen, also auch nöthigenfalls durch Strafübel, entgegen. Die Abschreckungstheorie, welche hier schwere Strafen androht, wird nicht einmal ihren Zweck erreichen. Der Heroismus der Freundschaft kann wohl gar eine Aufforderung finden, sich über alle Furcht vor solchen Strafen wegzusetzen."

„Eben so wenig wird die Strafwürdigkeit einer Uebelthat durch die Empfindung derjenigen Strafübel, welche nach Naturgesetzen darauf gefolgt sind, wozu auch die Vorwürfe des Gewissens gehören, aufgehoben oder auch nur vermindert. Denn die natürlichen Strafen tilgen nicht die Schuld aus der Uebelthat, noch vernichten sie die schädlichen Folgen aus dieser, noch endlich gewähren sie dem Staat eine Sicherheit gegen Wiederholung derselben. Nach der Besserungstheorie verhält es sich freilich bei Vorwürfen des Gewissens anders, ungeachtet die Gefährlichkeit des Thäters die gleiche bleibt; und nach der Wiedervergeltungs-Theorie müßten consequenterweise die nach Naturgesetzen auf die That erfolgten Uebel von der Strafe in Abzug gebracht werden. Dieß würde aber das Volk für eine Aufhebung des Gesetzes halten."

„Die strafwürdigen Handlungen zerfallen in peinliche oder

Criminal-Verbrechen, welche das Seyn des Staats in Gefahr setzen, d. h. auf Zerstörung derjenigen Ordnung, von der die Fortdauer und das individuelle Leben des Staats abhängt, gerichtet sind, und Vergehungen, welche nicht das Seyn, sondern nur das Wohlseyn des Staats in Gefahr setzen, d. h. nur Angriffe auf die Quelle seines Wohlstandes, und auf diejenigen Institute und Mittel, wodurch dieser befördert wird, enthalten. Manche Arten der darauf gesetzten Strafen werden Polizei- oder correktionelle Strafen genannt."

„Ein vollständiges Verzeichniß von allen strafwürdigen Handlungen und deren Gradualunterschieden kann indeß nicht aufgestellt werden, weil hiebei sehr viel auf die Individualität eines jeden Staats, d. h. auf die Art und Weise, wie die Idee einer bürgerlichen Gesellschaft ausgebildet ist, und zugleich darauf ankommt, bis zu welchem Puncte er (der Staat) in dieser Ausbildung bereits fortgeschritten ist. Was daher in einem Staate ein Wirken gegen dessen Zwecke ausmacht, ist es nicht auch in einem andern, oder doch nicht in dem nämlichen Grade. Auch fallen in den Mitteln, wodurch den Zwecken des Staats entgegengehandelt werden kann, von Zeit zu Zeit Veränderungen vor, wodurch neue Arten von Verbrechen entstehen."

„So kann in einem theokratischen Staate eine Handlung höchst gefährlich seyn, die es in einem weltlichen nicht, oder doch nur in einem geringen Grade ist, wie z. B. Abänderungen, oder auch nur Vernachlässigung des öffentlichen Cultus den Umsturz der Verfassung jenes Staats herbeiführen können. Eben so qualifizirt sich in einem republikanischen, oder in einem Handel treibenden Staate Manches zu einem schweren Verbrechen, was in einem monarchischen, oder hauptsächlich vom Ackerbau lebenden, kaum geahndet zu werden braucht, weil für diese daraus ein sehr geringer Nachtheil entspringt, (und umgekehrt)."

§. 104.

Betrachten wir die Durchführung dieses ersten Prinzips (des Umfangs des Strafgebiets) vom Standpuncte der Selbstvertheidigungstheorie, so verdient es, wenn man das Recht als Theil der Moral auffaßt, keinen Tadel, daß hier mit der Zurechnung

zur Schuld, die zum Verdienste verbunden ist, obwohl letztere weder in das Gebiet des Strafrechts gehört, noch überhaupt, wie Schulze richtig bemerkt, ein eigentliches Verdienst des Menschen gedacht werden kann, und was im weiteren Sinne so genannt wird, nur Pflichterfüllung unter erschwerenden (äusseren oder inneren) Umständen ist. Die Menschen reden aber einmal gerne und viel von ihrem sittlichen Verdienste, und sind darin um so nachsichtiger, je strenger sie über fremde Schuld zu urtheilen pflegen.

Jedenfalls ist Schulze, da er schon bei der Begründung des Strafbegriffs von der Wiedervergeltung ausgeht, darin consequenter als die Vertheidiger dieses Prinzips, daß er mit den schlechten, auch die guten Handlungen des Menschen, also die menschliche Handlungsweise überhaupt, nach sittlichem Maaßstabe bemißt.

Sehr wahr bemerkt er hinsichtlich der Zurechnung zur Schuld (a. a. O. S. 363): „Eine That kann der nothwendige Effect einer Reihe von Gemüthszuständen seyn, deren Glieder insgesammt nach dem Gesetze der Causalität zusammenhängen, und die That wird gleichwohl zugerechnet, wenn nämlich das erste Glied dieser Reihe aus der Freiheit herrührte, oder etwas Uranfängliches war". Ferner (a. a. O. S. 364): „Bei den meisten Verbrechern, welche der Criminaljustiz in die Hände fallen, war das Verbrechen, wegen welches sie von dieser bestraft werden, ein unvermeidlicher Erfolg desjenigen Gemüthszustandes, in welchem es beschlossen und ausgeführt wurde. Gleichwohl wird ihnen das Verbrechen mit Recht zugerechnet, weil es eine Folge der Unterlassung dessen ist, was früher von denselben hätte gethan werden sollen, damit jener Gemüthszustand nicht eingetreten wäre; und wie viele Missethaten würden nicht unterblieben seyn, wenn bei dem ersten Gedanken daran die Schändlichkeit derselben erwogen, und der sich dagegen regende Abscheu belebt und bestärkt worden wäre". So urtheilen auch unsere Gerichte, und bilden sich gleichwohl — um nur ja überall das Recht der Moral entgegenzusetzen — ein, dieß sey keine moralische, sondern nur eine juridische Imputation (imputatio juridica, im Gegensatze

von der moralis). Allein weßhalb unterließ es Schulze, der doch humane, weil gerechte, Strafgesetze verlangt, hieran den allgemeinen Gedanken der sittlichen Gebrechlichkeit (Sündhaftigkeit) des Menschen, den ein, oft unbewußter, kleiner Fehltritt nach und nach fast unvermeidlich zu den schwersten Verbrechen fortreißt, zu knüpfen? Je schwächer die sittliche Menschennatur ist, und nur von dieser, und nicht von einer andern, dem Menschen gar nicht angehörigen Natur, darf der Gesetzgeber und der Richter ausgehen, um so mehr muß diese Betrachtung dieselben zur Humanität stimmen, während der Terrorismus, wie ihn Schulze nennt, nicht nur von aller Humanität abführt, sondern zugleich das Gemüth des Gesetzgebers und Richters verhärtet.

Diesen Terrorismus sucht überhaupt Schulze, wo er ihm begegnet, von seinem Standpuncte mit sittlichen Waffen (und diese sind ihm Gründe des Rechts) zu bekämpfen, und durch die Parallele, die er von nun an mit andern Theorieen zieht, wird seine Darstellung sehr belehrend.

Er anerkennt vorerst die Strafwürdigkeit des s. g. entfernten Versuchs (conatus remotus), und wer diese läugnen will, mag sich nach den Gründen umsehen, auf welchen die Strafloſigkeit dieser Handlung nach dem württemb. Str.G.B. beruht. Die Motive geben zwei Hauptgründe an; den ersten, weil bloße Vorbereitungshandlungen zu Verbrechen „an sich erlaubte Handlungen" seyen, nur daß beim Hochverrath, überhaupt bei schwereren politischen Verbrechen eine Ausnahme eintreten müsse (also ausnahmsweise „straflose" Handlungen bestraft werden sollen). Als zweiten Grund: Schonung der überbürdeten Gerichte, also Bequemlichkeit. Die K. d. A. verwahrte sich zwar gegen den ersten Grund, ohne aber an die Stelle desselben einen bessern zu setzen. Sie motivirte nämlich den Art. 63 dadurch, daß zwar dergleichen Handlungen in sich strafwürdig seyen, allein um der sehr wünschenswerthen Uebereinstimmung mit andern deutschen Legislationen willen (also, um den Grund zu einer gemeinsamen deutschen Strafgesetzgebung zu legen), Vorbereitungshandlungen in der Regel straflos gelassen werden sollten. Man bedachte aber dabei nicht einmal, wie viel durch das Aufgeben des bisherigen

Prinzips verloren wurde. Vorerst nämlich konnten, in Ermangelung einer allgemeinen Strafnorm über dergleichen Handlungen, die vielen, von den Kammern (bei den Privatverbrechen) reichlich vermehrten Ausnahmen von der Regel mit beliebigen, d. h. mehrentheils unproportionirten Strafen bedroht werden. Sodann mußte man, zur Unschädlichmachung des Art. 63, es sich gefallen lassen (was die K. nicht einmal merkten), daß aus bloßen Vorbereitungshandlungen eine Reihe selbstständiger Vergehen — mit Vollendung und Versuch gebildet wurde. Somit bliebe als entscheidender Grund nur Schonung der überbürdeten Inquisitions-Gerichte, also Bequemlichkeit, etwa noch in Verbindung mit Oeconomie (um nicht das Richterpersonal zu vermehren), übrig, — Rücksichten, die sich überhaupt in dem württemb. Str.G.B., mehr noch in der neuen Strafproceß-Ordnung auf eine Weise Geltung verschafft haben, daß es an der Zeit wäre, die zahlreichen, darauf beruhenden strafrechtlichen und processualischen Bestimmungen zusammenzustellen, um in Einem Ueberblick die willkürlichen — nicht Prinzipe, sondern — Momente kennen zu lernen, welche in wichtigen Fällen so oft den Ausschlag zu Gunsten der Criminalpolitik gaben.

Wenn dagegen Schulze selbst Verbrechen im Nothstande verübt bestraft wissen will, so fragt man mit Recht: wo denn die von ihm geforderte Humanität bleibe? und ob wohl der Gesetzgeber von den Unterthanen verlangen könne, daß sie, gleich einem stoischen Weltweisen, sich und ihre Glückseligkeit zu Ehren der menschlichen Freiheit aufopfern sollen? Vielmehr muß er von der gewöhnlichen Menschennatur ausgehen, und von diesem Standpuncte liegt keine strafwürdige Handlung vor, so daß man des Kant-Feuerbach'schen, von der Abschreckung entlehnten Grundes nicht einmal bedarf.

Wahr und schön, aber von den neueren Gesetzgebungen entweder gar nicht oder nur theilweise beachtet, ist dagegen, was Schulze von Verbrechen aus an sich edlen Motiven, oder in der Collision moralischer mit staatsbürgerlichen Pflichten sagt. Das Abschreckungsprinzip, welches hier den Knoten zerhauet, und die Ansicht, daß der Richter nicht nach moralischen, sondern nur

nach rechtlichen (criminalpolitischen) Gründen zu richten habe, müssen erst besiegt seyn, ehe Wahrheit und Gerechtigkeit auch hier Eingang finden können. Ein geeignetes Mittel hiezu wäre schon die öffentliche Verhandlung solcher Straffälle nach rücksichtslosen Strafgesetzen, weil die öffentliche Meinung bald über solche Terrorismen richten wird.

Aber schwer begreift man, wie Schulze der Reue allen Einfluß auf die Verminderung der Schuld absprechen, ja wie er sogar der Besserungstheorie in dieser Hinsicht den Vorwurf der Inconsequenz machen konnte. Denn, kann wohl behauptet werden, daß der reuige Verbrecher eben so gefährlich für den Staat sey, als der verstockte Missethäter, der keine Reue empfindet, vielmehr schon im Gedanken mit neuen Verbrechen umgeht? Man lese nur, was Stelzer so überzeugend dagegen ausgeführt hat, und wenn selbst Grolman darin fehlte, so lag der Grund dieses Irrthums in seinem eben so gefährlichen als verwerflichen Prinzipe: den Uebertreter zwar nach Gründen der Wahrscheinlichkeit strenger, nicht aber milder zu beurtheilen. Schulze dagegen sagt in der ersten Hälfte seiner Deduction umgekehrt: harte Mittel dürfen nicht angewendet werden, wenn „nach Gründen der Wahrscheinlichkeit" schon mildere ausreichen. Ein solcher, die Anwendung milderer Mittel — unter Umständen selbst Straflosigkeit — gebietender Grund der Wahrscheinlichkeit ist aber unzweifelhaft thätige Reue des Verbrechers. Dieß ergiebt sich auch vom Standpuncte der Selbsterhaltungstheorie, sofern der Angegriffene mit Gegenwehr und Gegenangriff aufhören muß, sobald der Angreifer den begonnenen Angriff aufgiebt; und Selbstvertheidigungsrecht ist ja nach ihm Strafrecht. Insofern hat sich Schulze eines doppelten Widerspruchs schuldig gemacht, und zu diesen kommt als dritter noch hinzu, daß die Gerechtigkeit, wenn sie solche Strafbestimmungen aufstellte, inhuman wäre, was sie nicht seyn darf.

Dagegen sind Begriff und Umfang der strafwürdigen Handlungen im Sinne der relativen Systeme richtig bestimmt, und eben so richtig macht Schulze auf die Relativität dieses Begriffs (d. h. der Gemeinschädlichkeit, oder Gemeingefährlichkeit)

je nach Beschaffenheit des Staats und anderer Umstände aufmerksam. Nur hätte die Frage, wo die Gränze zwischen dem Civilunrechte und der strafbaren Handlung liege, bestimmter gestellt, und genauer erörtert werden sollen.

Indeß die neue spekulative Philosophie glaubt diese Gränze durch die Formel: Verbrechen sey Verletzung des Rechts als Rechts, so scharf und bestimmt gezogen zu haben, daß aller Streit damit für immer geschlichtet sey. „Eine vorsätzliche Handlung, sagt Köstlin, neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Thl. 1 S. 436, wodurch ich Andere verletze, ist allerdings auch beim Civilunrecht möglich. Aber sobald mein Vorsatz ist, nicht bloß deßhalb, weil ich Recht zu haben glaube oder meine Handlungsweise überhaupt noch für vereinbar mit dem Rechte halte, in die Rechtssphäre eines Andern einzugreifen — sobald er dahin geht, in und mit diesem Eingriff in eine bestimmte Rechtssphäre das Recht als Recht zu verletzen, seine Heiligkeit prinzipiell zu negiren, so ist eben damit kein Civilunrecht mehr, sondern das Verbrechen vorhanden. Umgekehrt ist daher zu behaupten, daß die fragliche Gränze gar nicht schärfer gezogen werden kann."

Allein verschwindet nicht vielmehr, wie schon früher (Abthl. I. §. 42) eingewendet wurde, alle Gränze zwischen dem Civilunrecht und dem Verbrechen, wenn auf diese Weise Alles der Subjectivität anheim fällt? Allerdings ist es kein Verbrechen, wenn in einem Civilprocesse jeder der streitenden Theile glaubt, im Rechte zu seyn. Allein, wenn es an dieser Voraussetzung fehlt, wenn also entweder der Kläger im Bewußtseyn des Unrechts einen chikanösen Proceß angezettelt, oder der Beklagte im gleichen Bewußtseyn es zu einem solchen kommen läßt, oder wenn in Vertragsverhältnissen einer der Contrahenten es sich zur Maxime gemacht hat, seine Versprechungen nicht zu erfüllen, oder den andern Theil in Verlegenheit, Noth, oder Verzweiflung zu bringen ꝛc.: so wäre dieß Alles eine Verletzung des Rechts als Rechts, mithin ein Verbrechen. Denn hier „glaubt er ja nicht im Rechte zu seyn", sondern weiß vielmehr, daß er im Unrecht ist, daß „seine Handlungsweise überhaupt nicht verträglich mit

dem Rechte sey". Umgekehrt, wenn (was häufig vorkommt) ein Verbrecher kleine Diebereien, und Betrügereien (namentlich Defraudationen), Forstfrevel, Wilderei ꝛc. noch für „vereinbar mit dem Rechte hält", so beginge er keine strafbare Handlung, sondern nur ein Civilunrecht. Was Verbrechen sey, könnte daher niemals, wenigstens nicht durchgreifend, objectiv festgestellt werden, sondern der Richter hätte erst den Thäter zu befragen: „ob er in und mit dem Eingriff in die Rechtssphäre des Andern das Recht als Recht verletzen, ob er die Heiligkeit desselben prinzipiell negiren wollte?" Diese Frage würde aber, wenn auch der Richter sie verstände, dem Verhörten ganz unverständlich seyn; er könnte weder Ja noch Nein darauf antworten, weil er sich nicht vorstellen kann, ob die Bejahung oder Verneinung zu seinem Vortheil oder Nachtheil gereichen werde.

Soll hingegen mit jenem Satze gesagt seyn: es giebt gewisse Handlungen, in welchen schon an sich eine Negirung des Rechts enthalten ist, so wäre es die Qualität der Handlung, also das objective Moment, und nicht mehr die Qualität des Willens (das subjective Moment), welche zunächst die Gränze zwischen dem Civilunrecht und dem Verbrechen bestimmte. Allein, dann fragt es sich, welches denn jene Handlungen sind, die in sich selbst den Character der Negation des Rechts tragen?

Diese Frage stellt sich das relative System, nur daß es statt des Ausdrucks: Negation des Rechts, den Ausdruck: Verletzung des Staats braucht, und daher zu dem Begriffe der Gemeinschädlichkeit gelangt, durch welchen die Gränze zwischen dem Civilunrecht und dem Verbrechen auch nicht auf eine, für alle Zeiten und Verhältnisse gültige Weise, sondern nur relativ bestimmt werden kann, wie dieß auch von Schulze richtig ausgeführt ist.

§. 105.

Schließlich haben wir noch die Prinzipe für die Qualität und Quantität der Strafe vom Standpuncte der vorliegenden Theorie kennen zu lernen, und zu prüfen.

„Das Recht der Selbstvertheidigung gegen Beleidigungen — fährt Schulze a. a. O. S. 391 fg. fort — berechtigt dazu, den

Urheber derselben diejenigen Uebel empfinden zu lassen, wodurch in Ansehung desselben der Zweck der Selbstvertheidigung erreicht wird, und welche zur Erreichung dieses Zwecks nöthig sind. Mithin ist der Staat bei der Bestrafung der ihn betreffenden Verbrechen und Vergehungen nicht auf den Gebrauch einiger besonderer Arten von physischen Uebeln für die Menschen beschränkt (etwa auf die Entziehung derjenigen Güter, welche er den in ihm lebenden Menschen gewährt und garantirt, oder (d. h.) der bürgerlichen Rechte), sondern er darf Alles anwenden, was dazu „dienlich und nöthig" ist, seine Selbsterhaltung zu bewirken, und die Angriffe auf seine Zwecke abzuwehren".

„Hieraus folgt weiter, daß die Größe der Strafübel der Größe der Strafwürdigkeit einer Uebelthat gegen den Staat angemessen seyn muß. Diese Größe erwächst (theils) aus der Größe des Schadens, welcher dem Staat zugefügt wird, und (theils) aus der Größe der Schuld des Urhebers, wie aus zwei Factoren. Denn die Bestrafung jeder vollbrachten oder beabsichtigten Beleidigung, sie mag von einem einzelnen Menschen oder vom Staat verfügt werden, ist, um ihres auf die Selbsterhaltung gerichteten Zwecks willen, ein Wirken gegen die in der Beleidigung sich äussernde Thätigkeit, um diese aufzuheben, deren Absicht zu vereiteln, und in Ansehung ihrer Wiederholung Sicherheit zu erhalten. Je größer daher solche, nach dem dabei bewiesenen bösen Willen und den daraus entspringenden nachtheiligen Folgen ist, ein um so größerer Widerstand muß derselben auch entgegengesetzt werden, um sie zu überwinden. Aus den für die Beurtheilung der Größe einer Verschuldung (oben §. 103) aufgestellten Grundsätzen aber ergiebt sich, daß die Größe der Verschuldung, weil sie von der Größe der Unwirksamkeit der Vorstellung des Pflichtmäßigen abhängt, die Größe der „moralischen Verdorbenheit eines Uebelthäters", mithin auch „die Größe seiner Gefährlichkeit für den Staat" begründe — während nach Feuerbach die Größe der Strafe nicht nach der Größe seiner moralischen Verschuldung, oder nach der Freiheit, womit er handelte, sondern allein nach der Stärke, Herrschaft und Festigkeit der sinnlichen Triebfeder, welche der Begehung der Uebel-

that zu Grunde lag, beurtheilt werden soll, indem von dieser Triebfeder die Wiederholung (oder vielmehr schon die erste Begehung des unmöglich zu machenden Verbrechens) abhänge. Dieß nennt er juridische Imputation im Gegensatze der moralischen, welche letztere, weil sie auf der Pflichtwidrigkeit und uns unbegreiflichen Freiheit des Handelns beruhe, den Criminalrichter gar nichts angehe".

„Mit jenem Maaßstabe der Strafe ist die Rücksicht auf Besserung der Uebelthäter, so weit die nöthige Sorge für die Sicherheit des Staats (denn diese bildet das entscheidende Moment) eine solche Modificirung der Strafen zuläßt, allerdings verträglich. Ob auch Abschreckung Anderer? Hierauf ist zu antworten: jede „gerechte" und öffentlich vollzogene Strafe bringt schon von selbst bei den übrigen, nach Ueberlegung handelnden Bürgern den Entschluß hervor, sich nicht durch ähnliche Vergehungen auch ähnliche Uebel zuzuziehen, so weit überhaupt der Anblick von Strafübeln, welche verfügt werden, warnend seyn kann. Alle Zuthaten aber zu einer Strafe, bloß in der Absicht, um Andere von Uebelthaten abzuschrecken, sind Aufopferungen eines Menschen für Andere".

„Aus dem Grundsatze, daß die Größe der Gefährlichkeit einer Uebelthat die Größe der vom Staate zu verhängenden Strafe bestimmt, ergiebt sich, daß ein Verbrechen härter als eine bloße Vergehung, der Urheber strenger als die Gehülfen und Begünstiger, und der böse Vorsatz weit härter als die bloße Fahrlässigkeit zu bestrafen ist. Bei den letzteren kommt es wiederum auf die Verschiedenheit der Verschuldung an, und überhaupt ist bei der Bestrafung alles im Staat Strafwürdigen jedesmal mit auf den dabei bewiesenen bösen Willen Rücksicht zu nehmen, wie bereits bei den Verbrechen im Nothstande, aus an sich edlen Motiven ꝛc. nachgewiesen wurde".

„Hiernach sind namentlich Verbrechen im Affecte milder, als in der Leidenschaft verübte, das wiederholte Verbrechen strenger als das erstmal verübte gleicher Art, und die Vollendung härter als der Versuch zu bestrafen, weil, wenn gleich im letzteren Falle der böse Wille gleich groß seyn kann, es in der menschlichen

Denkart liegt, durch wirklichen Schaden schwerer verletzt zu werden, als durch die ohne Erfolg gebliebene Absicht zu schaden, und bei bloßen Anstalten uud Vorkehrungen es immer ungewiß bleibt, ob sie nicht mit oder ohne den Willen des Unternehmers aufgegeben werden".

„Um alle diese Regeln richtig anzuwenden, und danach die Qualität und Quantität der Strafe für jede Art von Vergehungen zu bestimmen, muß nothwendig der Grad der Cultur eines Volks, für welches ein Strafgesetzbuch bestimmt ist, so wie auch Alles, was bei demselben ein gewisses Strafübel vermehrt oder vermindert, in Betracht gezogen werden. Besitzt nämlich ein Volk viel Empfänglichkeit für Ehre und Schande, haben bei demselben die Ausbrüche der sinnlichen Neigungen nicht mehr den Character roher Leidenschaften, sondern ist jenen Neigungen durch die Entwickelung der Gefühle der Humanität in dem Gemüthe des Volks schon ein Damm entgegengesetzt worden; sind endlich in den Augen desselben Vaterland, bürgerliche Ordnung, und der Genuß ihrer Wohlthaten heilige Dinge: so kann der Zweck der Strafjustiz auch durch Verhängung geringer Strafübel erreicht werden".

„Führt hingegen bei einem Volke das Thierische in der menschlichen Natur die Herrschaft über dessen Begierden, und wird diesen weder durch Gefühle der Humanität, noch durch andere, jene Herrschaft einschränkende Dinge entgegengewirkt; oder kommt wohl gar zur Rohheit und Wildheit der Begierden noch eine Gleichgültigkeit gegen körperliche Schmerzen, und gegen die Wohlthaten des bürgerlichen Vereins hinzu: dann müssen freilich die bürgerlichen Strafen härter seyn, um ihren Zweck nicht zu verfehlen. In dieser Behauptung liegt indeß noch keine Rechtfertigung von solchen Strafen, die entweder eine dem Despotismus eigene Verachtung der menschlichen Natur, oder Rachsucht ersonnen haben, und deßhalb bei allen durch jenen niedergedrückten, und durch diese des menschlichen Gefühls beraubten Völkern vorkommen."

„Alle bürgerlichen Strafen, die härter sind, als die Selbsterhaltung des Staats nach dem Character des Volks, und dessen Neigung zu Vergehungen gegen die öffentlichen Gesetze erfordert,

sind nicht nur ungerecht, sondern enthalten zugleich etwas die edleren Gesinnungen Kränkendes, weil sie als bloße Aeusserung der Ueberlegenheit des Staats an physischen Kräften erscheinen — woran freilich die Wiedervergeltungs- und die Abschreckungstheorieen eben so wenig Anstoß nehmen, als sie die Kultur eines Volks, und die darin gelegenen Gründe zu milderen Strafen unberücksichtigt lassen."

„Mit besonderer Vorsicht sind aber Ehrenschmälerungen und Ehrlosigkeit, als Strafen, anzuwenden, theils, weil sie von dem Publicum erst ratificirt und vollzogen werden müssen, es aber leicht eintreten kann, daß dieses den Ansichten des Gesetzgebers nicht entspräche; theils, weil durch Schwächung des Ehrgefühls einer der wirksamsten Beweggründe im Menschen zu äusserer Ehrbarkeit und Rechtlichkeit unwirksam gemacht, und dadurch die Rückkehr zur Rechtlichkeit ungemein erschwert wird, der Staat also nur sich selbst schadet, statt sich zu sichern. Nur da sind Ehrenschmälerungen nothwendig, wo die Schlechtigkeit der Handlung nach der öffentlichen Meinung den Thäter ehrlos macht; ein solcher kann der Ausübung öffentlicher Rechte, die in der Standesehre liegen, nicht weiter fähig seyn. Ehrlosigkeit läßt sich nur in Verbindung mit Todes- oder lebenslänglicher Freiheitsstrafe, oder ewigem Exile rechtfertigen."

„Was endlich die Todesstrafe (a. a. O. S. 413 fg.) betrifft, so können Beccaria's Einwendungen gegen dieselbe vom Standpuncte des Vertragssystems (vgl. §. 2), wie Rousseau in seinem **Contrat social 2, 5** nachgewiesen hat, schon von eben diesem Standpuncte widerlegt werden, und sind überhaupt unbeweisend. Eben so umgekehrt Kant's Gründe für die Rechtmäßigkeit dieser Strafe. Denn, wenn man ihm auch den Satz der völligen Gleichheit der Strafe mit dem Bösen zugeben will, so ist es nur ein Machtspruch, „daß das Uebel eines kummervollen Lebens im Gefängniß niemals dem durch einen Mord gestifteten Uebel gleichkomme" (Abth. **I.** §. 15, 24). Die Unentbehrlichkeit dieser Strafe zur Verminderung der Verbrechen, und die Appellation an das unbestochene Gefühl des Volks, worauf sich Andere berufen, sind eben so unbeweisend. Denn von der bloßen Nützlich-

keit hängt die Rechtmäßigkeit einer Strafe nicht ab, und der Erfahrung nach zeigt sich die Todesstrafe nicht einmal als sonderlich nützlich; und der letzte Grund räumt dem Pöbel, der freilich Spektakel liebt, und dem die Befriedigung der Rache Vergnügen gewährt, eine große Auctorität ein."

„Das Recht, als Theil der Moral aufgefaßt, muß von dem, auch in andern Beziehungen (z. B. bei dem Beweise der Immoralität des Selbstmordes) anerkannten Satze ausgehen: ein der Sittlichkeit noch fähiges Subject (und ein solches, d. h. besserungsfähiges Subject ist auch der schwerste Verbrecher) darf nicht getödtet werden, weil dadurch die Summe des, auf Erden möglichen, sittlich-Guten vermindert wird. Auf der andern Seite ist es aber eine eben so heilige Pflicht des Staats, die in einer gegenwärtigen Zeit nach den vorhandenen Umständen nöthige Verwirklichung eines der sittlichen Idee angemessenen Guten, niemals einer erst in der Zukunft erreichbaren, vielleicht noch ungewissen Realisirung eines solchen Guten aufzuopfern; denn sonst würde die Verbindlichkeit, irgend einer Pflicht zu einer bestimmten Zeit Genüge zu thun, wegfallen, und Jeder sich davon durch das Vorgeben lossagen können, daß er dafür künftig eine andere erfüllen wolle. Nun giebt es aber Verbrecher, die durch ihre That eine determinirte Empörung gegen die gesellschaftliche Ordnung im Staat, und eine Lossagung von allen, der menschlichen Natur eigenthümlichen, und die bürgerliche Ordnung sichernden Gefühlen zu erkennen gegeben haben; und diese bleiben, so lange in ihrer Gesinnung noch keine totale Reform vorgegangen, immer für den Staat gefährlich. Hier tritt der Fall ein, daß um der Selbsterhaltung und Sicherheit desselben willen, Todesstrafe nöthig wird, und jene Sicherheit ein (sittliches) Gut ausmacht, das der bloß möglichen und immer noch ungewissen Besserung vorgezogen werden muß."

„Dieser Grund ist indeß kein unter allen Umständen geltender Grund, und somit läßt sich ein Zustand im Staate denken, vermöge dessen die Nothwendigkeit der Todesstrafe wegfiele, weil sie nämlich zur Sicherheit gegen den Verbrecher nicht unentbehrlich ist. Hiezu wäre das erste Erforderniß, die Zuchthäuser so

einzurichten, daß eine Entweichung der schwersten Verbrecher so gut wie unmöglich wäre. Geschähe sie aber dennoch in dem einen oder andern Falle, so müßte der moralische Abscheu des Volks vor solchen Verbrechern in einen Bund mit der Staatsgewalt treten, um des Flüchtigen alsbald wieder habhaft zu werden. Einen solchen Zustand herbeizuführen, ist Pflichtaufgabe des Staats."

„Qualificationen bei der Todesstrafe, so lange sie noch besteht, zeugen von einem Einflusse der Rache, oder von einer zu großen Nachgiebigkeit gegen Volksmeinungen. Auch ist es nur der Anhänglichkeit an dem Hergebrachten zuzuschreiben (geschrieben im J. 1813), daß man noch immer die unsichere Hand eines Menschen, der schnell und sicher exequirenden Guillotine vorzieht."

§. 105.

So führt Schulze's Darstellung, vom moralischen Standpuncte (das Recht als Theil der Moral aufgefaßt), auch hier zu andern Resultaten, als das rein politische oder Nützlichkeitsprinzip.

Der Grundsatz, von welchem er, dem rechtlichen Fundamente der Strafe gemäß, für die Qualität der Strafe ausgeht, lautet so: der Staat darf nicht bloß gewisse, sondern alle Arten von Uebeln anwenden, welche dazu dienlich und nöthig sind, seine Selbsterhaltung zu bewirken, und die Angriffe auf seine Zwecke abzuwehren, also z. B. auch Ehrenstrafen und Todesstrafen. Von beiden darf aber im Interesse der Gerechtigkeit (im Gegensatze von der Abschreckung) nur sparsam Gebrauch gemacht werden, und das Streben des Staats soll namentlich darauf gerichtet seyn, die Todesstrafe entbehrlich zu machen. Denn, wie gewöhnlich geschieht, von den Unterthanen verlangen, daß sie keine Kapital- oder sonstige, um der Abschreckung willen, mit Todesstrafe bedrohte Verbrechen verüben, also die Möglichkeit der Aufhebung dieser Strafe lediglich in ihre Hand legen — das hieße mit andern Worten die Todesstrafe für ewig sankzioniren. Ganz richtig entscheidet Schulze die hier zwischen zwei moralischen Pflichten eintretende Collision, und obwohl er darin von der Besserungstheorie abweicht, so nähert er sich doch der letzteren wieder dadurch,

daß er dem Staat die Sorge für die Aufhebung jener Collision zur Pflicht macht; oder allgemeiner ausgedrückt, es sprechen aus ihm Sittlichkeit und Humanität, welche, wie er richtig bemerkt, mit der bürgerlichen Gerechtigkeit vollkommen vereinbar sind.

Hinsichtlich der Quantität der Strafe nimmt man dagegen ein Schwanken zwischen der Selbstvertheidigung im eigentlichen und engeren Sinne, und der, das Strafrecht befassenden, Selbstvertheidigung im weiteren Wortverstande wahr. Beide lassen sich nicht zu Einem Prinzipe vereinigen. Ist die Strafe nur ein vom Staat in der Ausübung der Nothwehr zugefügtes Uebel, so kann die Größe derselben nicht durch die Größe der moralischen Verdorbenheit des Angreifers (Verbrechers), in Verbindung mit der objectiven Gefährlichkeit der That, bestimmt werden, sondern hier ist es lediglich die Gefährlichkeit des Angriffs, welche maaßgebend ist. Nach Rechtsgrundsätzen berechtigt ein (objectiv) minder gefährlicher Angriff eines moralisch verdorbenen, daher für die Zukunft gefährlichen, Subjects, nicht zu einem größeren, oder eben so großen Widerstande, als ein schwerer Angriff von einem moralisch nicht verdorbenen Subjecte, das durch Affect zu einem lebensgefährlichen Angriff auf seinen Gegner hingerissen wurde. Soll dagegen die Selbstvertheidigung im weiteren Sinne den Maaßstab geben, so kann damit entweder nur Prävention, oder Aufhebung (Vernichtung) des durch den Verbrecher angestifteten (moralischen) Schadens gemeint seyn. Beide Prinzipe führen aber zu einem andern Strafmaaße als das Prinzip der Nothwehr. Ueberhaupt versteht es sich, daß, wenn das rechtliche Fundament (der Rechtsgrund) der Strafe verfehlt ist, auch keine richtigen Prinzipe für das Strafmaaß gewonnen werden können. Enthalten Schulze's Prinzipe gleichwohl viel Wahres, so entbehren sie doch der logischen Consequenz, weil er Selbstvertheidigung (Nothwehrrecht) und Strafrecht mit einander verbindet, oder beide in einander übergehen läßt, wie wenn sie dem Begriffe und Wesen nach eins wären.

Sehr schön äussert er sich über Abschreckung als Nebenzweck der Strafe, über die verwerflichen — gleichwohl noch theilweise in Deutschland beibehaltenen — Qualificationen bei der Todes-

strafe, über die Mißbräuche entehrender Strafen, durch welche der Staat zuletzt nur sich selber schade, und über andere Gebrechen der Strafjustiz, die ihr Entstehen — und Fortbestehen — dem Terrorismus, der Rache, und andern nicht zu rechtfertigenden Motiven zu verdanken haben.

Eben so wahr ist, was er über die ausschließlich rechtlichen (im Gegensatze der politischen) Gränzen, und über die Wandelbarkeit des rechtlichen Strafmaaßes äussert. Zwar das Prinzip ist unwandelbar; aber in seiner Anwendung auf die gegebenen Verhältnisse ist es unvermeidlich von äusseren Umständen abhängig, welche bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten niemals die gleichen, sondern stets wechselnd sind. Der Satz: je cultivirter ein Volk, um so milder sollen — schon mit Rücksicht auf die ausserordentliche Ueberlegenheit des fest wurzelnden Staats — die Strafen seyn, wird freilich bei den Vertheidigern des Abschreckungsprinzips wenig Anklang finden. Gleichwohl hat sich dieser Satz bereits in vielen Beziehungen Geltung verschafft, und nach und nach wird er mehr, und größere Triumphe feiern.

Wir verlassen damit die Theorie von Schulze, die wir jedenfalls als ein schönes, der Gerechtigkeit und Humanität geweihtes Denkmal bezeichnen können, um zu dem ähnlichen Systeme Martin's überzugehen.

§. 106.

b. Martin.

In seinem Lehrbuche des gemeinen deutschen Criminalrechts, zweite Aufl., Heidelberg 1829 S. 23 fg. bezeichnet Martin seine Theorie des Strafrechts als eine „genauer und eigenthümlich ausgebildete Theorie des trefflichen Philosophen, Gottlob Ernst Schulze in seinem Leitfaden ꝛc. 1813 S. 339 fg.", und nennt als ihm beistimmend: v. Weber (Präsident des Gerichtshofs in Tübingen) im N. Archiv des Crim. Rechts Bd. 6 S. 453 fg., und Wirth, Handbuch der Strafrechtswissenschaft Thl. 1 S. 248.

„(§. 11: Allgemeine Begründung des Rechts zu strafen). Da alle Menschen, sagt er, durch das Sittengesetz verpflichtet sind, in einer solchen Verbindung mit einander zu leben, welche man

Staat nennt (unter Verweisung auf Schulze a. a. O. §. 82 fg., Borst über das Naturrecht, §. 71—74, §. 93 fg.), so läßt sich: 1) das Recht der Staaten zu existiren, nicht bezweifeln. Mit diesem Rechte ist ihnen dann von selbst 2) auch die Befugniß gegeben, gegen widerrechtliche Angriffe Anderer (Staaten, oder einzelner Menschen) sich, als moralische (juristische) Person, zu schützen und zu erhalten; denn jeder rechtlich bestehenden Person kann dieses Selbsterhaltungsrecht nicht abgesprochen werden. Da nun 3) jede begangene Verletzung von Zwangspflichten, welche man Verbrechen nennt, nicht nur eine Kränkung irgend eines Berechtigten enthält, sondern auch ausserdem noch (§. 12) eine Gefahr „für das Fortbestehen des Staats", in welchem das Verbrechen verübt ist, veranlaßt: so kann man 4) diesem widerrechtlich gefährdeten Staate, als juristischer Person, das Recht nicht bezweifeln, dem Urheber der drohenden Gefahr Strafen, d. h. Uebel zuzufügen, welche von der Entschädigung des durch das Verbrechen Verletzten ganz geschieden sind, und nur den Zweck haben, jene Gefahr für die juristische Person des Staats (sey es Gefahr der inneren Zerrüttung, oder des Eingreifens auswärtiger Staaten) abzuwenden."

„(§. 12: Genauere Beschreibung). Soll das Strafrecht diesem (§. 11) zu Folge, durch das Recht jedes Staats sich selbst zu erhalten, d. h. durch das Recht „der Nothwehr des Staats, als juristischer Person", begründet werden: so ist zu erweisen, daß jedes Verbrechen (es sey Staats- oder Privatverbrechen, ja bloßes Polizeivergehen) für den Staat selbst eine wirkliche Gefahr, und zwar die, eines, zum „mindesten schwer zu ersetzenden" Nachtheils, widerrechtlicher Weise herbeiführe; daß aber solche noch „abgewendet" werden könne; endlich, daß durch keine andere „gelindere Mittel" diese Abwendung vollständig zu erreichen sey, (welches letztere schon das vom Naturrecht nicht zu trennende Sittengesetz gebietet, unter Verweisung auf Schulze §. 13, 14, 79, Borst §. 52 fg.)"

„Da es nun eine bekannte Wahrheit ist, daß kein Staat fortbestehen könne, dessen Gesetze ihr Ansehen sogar in seinem eignen Gebiete verloren haben, und da jedes Verbrechen — als die Verletzung einer vollkommenen oder Zwangspflicht (welche erst

„durch ein Gesetz" ihr Daseyn erhalten kann, Borst §. 92—99) — nothwendig einen, wenigstens mittelbaren Angriff auf dasjenige „Gesetz" enthält, welches der verletzten Zwangspflicht zur Quelle dient: so scheint eine unverkennbare Gefahr „für das Ansehen der Gesetze", und folgeweise „für den Staat selbst", welcher (nur) durch sie besteht, vermittelst jedes Verbrechens erzeugt zu werden, und einen Gegenstand zu treffen, welchen der Thäter nicht ersetzen kann. (Denn es gilt in der That hier dem Lebensprinzipe der juristischen Person, wofür überall kein Ersatz gedenkbar ist, unter Verweisung auf **Cicero pro A. Cluentio, Cap. 53, 57).**"

„Gleichwohl ist dieser Nachtheil nur erst „drohend", nicht bereits vollendet. Denn durch die Zufügung einer angemessenen Strafe wird das Ansehen des übertretenen Gesetzes allgemein, d. h. sowohl bei dem Verbrecher, als auch bei allen übrigen Staatsbürgern, wieder befestigt (nicht: wieder hergestellt?), wie dieß aus der Natur des menschlichen Begehrungsvermögens folgt (Schulze §. 29. Feuerbach §. 13). Strafe ist also ein „zweckmäßiges" Mittel, das Ansehen verletzter Gesetze zu sichern (nicht: wieder herzustellen?), und ohne sie wird dieser Zweck nicht vollständig zu erreichen seyn. Denn es versteht sich von selbst, daß der pflichtmäßig handelnde Staat ohnehin schon die anderen Mitteln Verbrechen zu verhüten, namentlich auch die Veredlung des Willens seiner Bürger — die aber freilich unzulänglich sind — nicht vernachlässigt haben werde."

„Wird endlich die Strafe vor der That durch das Gesetz im Allgemeinen angedroht, um (im Sinne Feuerbach's §. 14) psychologisch gegen die Verübung des Verbrechens wirken zu können, so sind die gelinderen Mittel, jene Gefahr abzuwenden, auch zuvor erschöpft."

„(§. 13. Folgerungen): Diesen Grundsätzen gemäß kann ein „gerecht" handelnder Staat aber auch von den Normen seines Strafrechts sich nie entfernen, nämlich von den Regeln, daß: 1) ohne vorher verkündetes Strafgesetz keine Strafzufügung — Bestrafung — rechtmäßig noch erlaubt sey; **nulla poena sine lege**; 2) daß aber keine Handlung mit Strafe bedroht werden könne, durch welche nicht irgend eine Zwangspflicht verletzt wird; die

rechtswidrigen Handlungen aber auch nur unter der Voraussetzung (Weber a. a. O. S. 440 fg.), daß alle andern Mittel nicht hinreichen, ihnen entgegen zu wirken; 3) daß die Größe der Strafe nie die Größe der Gefahr übersteigen dürfe, welche dem Ansehen der Gesetze, und hiedurch dem Staate selbst, nach Beschaffenheit des Verbrechens droht; endlich 4) daß kein wirklich begangenes Verbrechen unbestraft bleiben müsse; **nullum crimen sine poena legali.**"

„Durch diese Folgerungen (welche Pfizer, Beiträge zu einer neuen Criminalgesetzgeb., zweite Ausg., zum Theil als Modificationen der Feuerbach'schen Theorie vorträgt), und durch den angegebenen einzigen Hauptzweck der Strafen, sowohl in ihrer Androhung als Vollziehung, unterscheidet sich dieses System wesentlich von andern (relativen) Systemen, ob es gleich dem Feuerbach'schen — der psychologischen Abschreckung — sich am mehrsten nähert."

§. 107.

Wie paßt aber zu dieser letzten Aeusserung Martin's, daß nämlich seine Theorie sich der Feuerbach'schen psychologischen Abschreckungstheorie „am mehrsten nähere", die im Eingang gemachte Bemerkung, daß sie eine „genauer und eigenthümlich ausgebildete Theorie des Systems von Schulze seyn solle", da doch Schulze zu den entschiedensten Gegnern des Abschreckungsprinzips gehört?

Hierüber, wie überhaupt über die Eigenthümlichkeiten seiner Theorie, äussert sich Martin selbst in der Vorrede zur zweiten Auflage seines Lehrbuchs S. **VI—VII** dahin: „Die Begründung des Rechts, zu strafen, scheint mir am sichersten von der Nothwendigkeit der Bestrafung zu dem Zweck, „um den positiven Gesetzen des Staats Ansehen zu erhalten", ausgehen zu müssen, und daher „folgeweise von dem Recht des Staats zu existiren", welches doch wohl Niemand bezweifeln wird, abhängig zu seyn. Denn die Ertheilung von positiven Gesetzen ist das unentbehrliche Mittel, um das Bestehen eines jeden Staats zu sichern; was helfen aber Gesetze, denen keine Folge geleistet wird? Und doch wird es an Ungehorsamen niemals fehlen. Sollte daher der Staat

nicht berechtigt seyn, das unentbehrliche Mittel seiner Existenz, seine Gesetze und deren Befolgung, eben so gut durch Strafdrohungen zu schützen und zu befördern? wie ihm doch Niemand dasselbe Recht bestreiten wird, wenn er solches durch „Belohnung des Gehorsams" ausübt, welche gleichwohl nicht durchgehends anwendbar ist."

„Zwar ist zwischen beiden Beförderungsmitteln der Legalität der Unterschied nicht zu verkennen, daß nur ersteres eine Rechts-Entziehung enthält; allein der gegen das Gesetz Ungehorsame — welcher ja stets widerrechtlich handelt — kann sich über diese alsdann nicht beklagen, wenn sie eine „unzertrennliche" Folge seines Ungehorsams ist, die „als solche" zuvor bekannt war. „Darum" muß jede gerechte Strafe durch ein gehörig bekannt gemachtes Gesetz zuvor angedroht seyn."

„Weil es aber auch weder in dem Willen des Staats, der jede Strafe als ein Uebel anerkennen muß, liegen kann, diese Uebel „ohne Noth" zu vergrößern, noch auch „ein Recht" nachgewiesen werden könnte, Strafen, welche doch nur aus ihrer Unentbehrlichkeit zur möglichsten Vermeidung des Ungehorsams gegen die Gesetze gerechtfertigt werden, in „stärkerer Quantität" zu drohen, als es „der Beschaffenheit des zu besorgenden Ungehorsams", welcher sehr verschiedenartig seyn kann, entspricht: so ergiebt sich hieraus, daß in obiger Begründung des Strafrechts „kein unbegränztes Recht der Strafdrohung" enthalten sey, und daß drakonische Gesetze daraus nicht folgen. Vielmehr erscheint das ganze Strafrecht des Staats als ein Nothrecht, welches die „größte Aehnlichkeit" hat mit der Befugniß Einzelner, einer gerechten Nothwehr sich zu bedienen. Daher ich diese Theorie von Begründung des Strafrechts die Theorie der analogen Nothwehr des Staats, als juristischer Person, zu nennen mich veranlaßt gefunden habe."

Damit giebt also Martin ausdrücklich zu, daß er keine Abschreckungstheorie im Sinne Feuerbach's wolle, sondern nur eine Androhungstheorie mit gerechtem Strafmaaße, wie solche auch von ihrem Standpuncte Grolman, Bauer und Andere vertheidigt haben. Eine solche Theorie der Androhung scheint freilich

ungefährlich; allein den wahren Grund, weshalb Strafgesetze (nicht Strafandrohungen) unentbehrlich sind, hat Martin nicht bezeichnet. Dieser beruht auf der — nicht politischen, sondern rechtlichen — Nothwendigkeit, dem Ermessen der Gerichte hinsichtlich des Umfangs des Strafgebiets, und der Qualität und Quantität der Strafen gewisse Schranken zu setzen, während die Argumentation: „der Uebertreter kann sich alsdann über die Strafe nicht beklagen, wenn sie eine unzertrennliche Folge seines Ungehorsams ist, die als solche zuvor bekannt war" nicht viel, oder eigentlich gar kein Gewicht hat. Denn, ist die Strafe eine gerechte, so kann darauf, ob sich der Verbrecher dadurch beschwert hält oder nicht, gar nichts ankommen; ist sie aber eine ungerechte, so kann sie durch keine voraufgegangene Drohung gerechtfertigt werden. Mehr schon hat es für sich, wenn Martin die gesetzliche Androhung der Strafe mit dem Satze in Verbindung bringt, daß der Staat, bevor er es zur Bestrafung kommen lasse, erst die ihm zu Gebote stehenden gelinderen Mittel angewendet haben müsse. Ein solches milderes (psychisch wirkendes, psychisch zwingendes) Mittel sey das Strafgesetz (aber nicht nach dem Maaßstabe Feuerbach's, sondern nach dem des Rechts der Nothwehr); und wenn der Staat von diesem Mittel einmal Gebrauch gemacht habe, so sey er auch daran — an dem, von ihm selbst ausgesprochenen Willen — gebunden, wodurch die Sätze Feuerbach's: **nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legali** gerechtfertigt würden.

Allein, man kann das Prinzip des relativen Systems, daß der Staat erst strafen dürfe, wenn das Unrecht nicht durch andere (mildere) Mittel getilgt werden könne, vollkommen zugeben, ohne daß daraus gerade die Nothwendigkeit von Strafdrohungen folgt. Denn der Staat kann weder voraussetzen, daß sich Jedermann genaue Kenntniß von den bestehenden Strafgesetzen verschaffen werde, noch auch nur, daß derjenige, welcher mit einem Verbrechen umgeht, sich zuvor nach der darauf gesetzten Strafe, die ohnehin in den meisten Fällen schwer auszumitteln ist, umsehen werde. Zwar könnte man sagen: der Gesetzgeber habe dann wenigstens seine Pflicht gethan. Allein die Unterthanen wer-

den die Strafgesetze nicht leicht als mildere Zwangsmittel auffassen, sondern in ihnen nur eine unentbehrliche Garantie für die unpartheiische Ausübung des Strafrechts finden, worin sie auch gewiß Recht haben.

Eine weitere Eigenthümlichkeit der Martin'schen Deduction besteht in der Art und Weise, wie er das Selbstvertheidigungsrecht als Fundament der Strafe darstellt. Schulze geht von dem in der menschlichen Natur gelegenen Triebe und Rechte der Wiedervergeltung aus, welches aber, da es nur auf sinnlichen Trieben beruht, durch die Vernunft auf ihre ursprüngliche Bestimmung eingeschränkt und mit den übrigen Trieben der menschlichen Natur in Einklang gebracht werden soll, und in dieser Eigenschaft untadelhafte Selbstvertheidigung, gerechte Nothwehr (moderamen inculpatae tutelae) genannt wird. Dieses, dem Einzelnen gegen den Einzelnen zukommende Recht der Selbsterhaltung steht auch dem Staat zu, weil, wenn er existiren, bestehen und gedeihen soll, er mit Recht Allem widersteht, was ihm daran hindern will. Hingegen Martin (a. a. O. §. 11) geht von dem Satze aus, „daß es nach Grundsätzen des Vernunftrechts, wie der Moral, kein Strafrecht ausser der zum Staat erhobenen bürgerlichen Gesellschaft gebe"; er nimmt mithin kein in der menschlichen Natur gegründetes, daher auch kein schon dem Einzelnen gegen den Einzelnen im ausserstaatlichen Zustande (Naturstande) zustehendes Strafrecht an, sondern leitet dasselbe lediglich aus dem Rechte des Staats zu existiren her, und zwar in dem Sinne, daß durch die Ausübung dieser Gewalt der gegen seine Gesetze (durch welche allein der Staat bestehe) gerichtete Angriff abgewendet werden soll. „Nun hat man zwar, bemerkt Martin (Vorrede ꝛc. S. X), gefragt: wie durch die Strafe eines „schon verübten" (mithin in der Vergangenheit gelegenen) Verbrechens ein „noch bevorstehender" Nachtheil abgewendet werden könne? Allein ich frage nur: werden denn die Gesetze lediglich für einen einzigen Menschen, und für eine einzige Handlung (Thun oder Lassen) gegeben?"

Dieß scheint den Sinn zu haben: der Angriff auf das Gesetz, folglich auf die Existenz des Staats, liegt nicht sowohl in dem

verübten Verbrechen (denn hier käme Nothwehr zu spät); sondern darin, daß von Seiten des Uebertreters oder dritter Personen neue Verbrechen zu besorgen sind, und gegen die Abwendung dieser Gefahr ist das Nothwehrrecht des Staats gerichtet. Dann läge aber der Rechtsgrund der Strafe im Sinne der Präventions- und der Abschreckungstheorie nicht in dem geschehenen, sondern in dem zukünftigen Unrechte (künftigen Angriffen auf das Gesetz). Doch, Martin will ja eben nur ein „analoges", kein „wirkliches" Nothwehrrecht des Staats. Er sagt in der Vorrede ausdrücklich: „Vielmehr erscheint das ganze Strafrecht als ein Nothrecht, welches die größte Aehnlichkeit hat mit der Befugniß Einzelner, einer gerechten Nothwehr sich zu bedienen." Also nur „die größte Aehnlichkeit", und wenn dieß von dem Nothwehrrechte des Einzelnen gilt, so wird, da unzweifelhaft dem Staat auch ein „eigentliches" Nothwehrrecht zusteht, das Strafrecht desselben als analoges Nothwehrrecht, wiederum die „größte Aehnlichkeit" mit jenem Rechte haben. Auf diese Weise werden aber die Gränzen zwischen dem analogen, und dem eigentlichen Nothwehrrechte des Staats wie bei Schulze, nur in anderer Weise, vermengt; das eine Recht geht gleichsam unmerklich in das andere über, obwohl es wesentlich verschiedene Begriffe sind, welche eben deshalb genau von einander unterschieden werden müssen.

Setzen wir: es geschieht ein Angriff auf den Staat (z. B. die Hochverräther oder Aufrührer sind schon losgebrochen), oder auf eine oder mehrere Privatpersonen (z. B. die Räuber oder Mörder sind schon zum Angriff vorgerückt), und der Staat wird zeitig davon in Kenntniß gesetzt, um den Bedrohten beistehen zu können: so wird in beiden Fällen der, durch Angriff auf ihn selbst oder auf seine Glieder gefährdete Staat sogleich von dem Rechte der Selbstvertheidigung — Nothwehr — Gebrauch machen, und wenn es ihm gelungen ist, die Angreifer unschädlich zu machen, dann strafend gegen sie einschreiten. Insofern liegen hier zwei der Zeit, der Form, den Mitteln und dem Zwecke nach verschiedene Zwangsacte vor, die man nicht ohne Verwirrung zu erzeugen zusammenfallen lassen, oder in einander übergehen lassen darf, wie wenn der Strafact nur als Fortsetzung des Vertheidigungs-

acts zu betrachten wäre. Schon Grolman, dem doch auch die Strafe Sicherungsmittel für die Zukunft ist, hat dieß überzeugend dargethan, und es ergiebt sich daraus der Satz, daß das Strafrecht des Staats da beginnt, wo das Selbstvertheidigungsrecht aufhört.

„Der Staat" — sagt Lucas, von dem Strafsysteme und der Abhaltungstheorie im Allgemeinen, insbesondere von der Todesstrafe, übersetzt von Samhaber S. 132 — „ruft, wenn er den Mörder hinrichtet, nicht das Recht der Vertheidigung auf, sondern wartet umgekehrt, bis dieses aufgehört hat, um nur jenes zu beginnen, welches er zu haben vorgiebt. Wenn der Staat das Schaffot errichtet, dann ist der Mörder bereits gefangen, gefesselt, verhört, gerichtet, verurtheilt. Alle diese Bedingungen müssen erfüllt seyn, und so zahlreich sie auch sind, so findet sich doch gerade jene, auf welcher allein die Ausübung des Selbstvertheidigungsrechts beruht — nämlich die Gefahr — nicht unter ihnen."

„Das Verhältniß des Mörders zu dem Angegriffenen, und jenes des Staats zu dem Mörder, ist demnach ein ganz anderes."

„Wenn der Angegriffene einen Mörder tödtet, so ist dieß nicht die Ausübung eines Rechts zu tödten, welches keinem Menschen über seinen Nächsten zusteht, sondern es tritt hier die Folge des Rechts der Erhaltung ein, welches durch die Gefahr, in die der Mörder das Leben des Angegriffenen setzt, nur auf Kosten des Seinigen sich ausüben läßt. Ihn tödten, heißt also, sich selbst retten, und eine Handlung unternehmen, welche zu seiner Rettung erfordert wird."

„Hingegen beim Staat schließt schon die erste Bedingung, unter welcher er tödtet, die Idee der Vertheidigung und Gefahr aus — nämlich: das Individuum muß verhaftet seyn, und nur nach einer langen Reihe von Verhandlungen, voll Langsamkeit und Gepränge, nähert sich das Schauspiel seinem furchtbaren Ende. Das Bild eines Kampfes, die Idee einer Vertheidigung will der Staat hier nicht zurückrufen, vielmehr verbannen. Er will nicht, daß sein Tribunal zu einem Kampfplatze werde; und wenn er auf der Richtstätte erscheint, so zittert er nicht vor dem

Missethäter, wie wenn er ihn zu fürchten hätte, sondern will umgekehrt, daß der Missethäter vor ihm zittere, und Alle von der Idee seiner Gewalt und Gerechtigkeit ergriffen werden. Der Tod, den der Staat verhängt, ist daher nicht Folge seines Vertheidgiungsrechts, sondern erscheint als Strafe seiner Gerechtigkeit — wenn anders das Recht des Staats so weit geht, einem Menschen zur Strafe das Leben zu entziehen."

Diese Gründe passen auf die Execution aller Arten von Strafen. Der Staat vertheidigt sich hier nicht, sondern er straft, und wenn man das Strafen ein analoges Vertheidigen nennen will, so dürfte man mit gleichem Rechte auch das sich Vertheidigen ein analoges Strafen nennen, was aber eben so unpassend als unstatthaft wäre.

Soll die Strafe auf dem Nothwehrrechte des Staats, als moralischer Person, beruhen, so müßte bewiesen seyn, daß das Verbrechen (1) einen widerrechtlichen, (2) gegenwärtigen Angriff (3) auf ein unersetzliches Gut enthalte, welcher (4) nicht anders als durch Strafen abgewendet werden könne. Wir wollen jetzt betrachten, wie Martin den Beweis dieser Erfordernisse zu führen gesucht hat.

Ueber das erste Requisit, den widerrechtlichen Angriff (laesio), äussert er sich dahin: „Der Staat, als durch das Sittengesetz bestimmt, besteht nur durch Gesetze, jede Verletzung der durch sie begründeten Zwangspflichten ist aber ein „Angriff" auf das Gesetz, folgeweise auch auf den Staat." Welche Gesetze sind hier gemeint? Natürlich nicht die Strafgesetze, von welchen erst später die Rede ist, und deren rechtliches Daseyn hier eben dargethan werden soll; also wohl das (allgemeine) Rechts- und Pflichtengesetz, als Theil der Moral. Hiernach wären Verbrechen Angriffe auf das (allgemeine) Rechtsgesetz, und durch diese auf den Staat. Allein in der Vorrede spricht Martin ausdrücklich von Angriffen auf die „positiven" Gesetze des Staats; mithin denkt er sich, wie nach dem mosaischen Rechte, zunächst gesetzliche Verbote, zu deren Erhaltung, „weil es nicht an Ungehorsamen fehlen wird", Strafgesetze nöthig werden.

„Denn das da gesagt ist: du sollst nicht ehebrechen; du

sollst nicht tödten; du sollst nicht stehlen; du sollst nicht falsch Zeugniß geben; dich soll nichts gelüsten; und so ein ander Gebot mehr ist: das wird in diesem Wort (Satz) verfasset: du sollst deinen Nächsten lieben als dich selbst. (Denn) die Liebe thut dem Nächsten nichts Böses. So ist nun die Liebe des Gesetzes Erfüllung" (Römer 13, 9—10). Wer diese und andere gesetzliche Verbote (die das Rechtsgesetz aus dem Prinzipe: **neminem laede**, die christliche Moral dagegen aus der Nächstenliebe ableitet) übertritt, verschuldet nach Martin „einen widerrechtlichen Angriff" auf das Gesetz, folglich — da der Staat nur durch die Gesetze besteht — auf die Existenz des Staats, berechtigt ihn daher zur Nothwehr.

Allein unter dem „Angriff" auf das Gesetz, und folgeweise auf den Staat, kann man sich, da eine bereits geschehene Uebertretung vorliegt, offenbar nur eine Verletzung des Staats und seiner moralischen Ordnung denken; eine Verletzung reicht aber über den Angriff, diesen Begriff in seiner eigentlichen Bedeutung aufgefaßt, hinaus, und kann zwar wohl wieder aufgehoben (getilgt, gesühnt), nicht aber abgewendet werden, weil das Geschehene nicht ungeschehen gemacht werden kann. Insofern fehlt es hier entschieden an dem ersten Requisite der Nothwehr; und will man dieses dadurch retten, daß man sagt: die einmalige Uebertretung begründe aber doch eine Gefahr vor neuen Uebertretungen des gesetzlichen Verbots, sey es in derselben oder in andern Personen — so würde es damit an dem zweiten Requisite der Nothwehr, nämlich der gegenwärtigen (dringenden) Gefahr, fehlen, indem jene Gefahr jedenfalls nur eine entfernte ist, mithin nicht zum Nothwehr-, sondern mit Grolman nur zum Präventionszwange berechtigen würde.

So richtig endlich der Gedanke ist, daß der Staat nur durch die Gesetze bestehe, so braucht man doch vom rechtsphilosophischen Standpuncte sich unter dem Gesetz nicht nothwendig ein positives Gesetz zu denken, indem es schon an der Vorstellung des (allgemeinen) Rechtsgesetzes, welches auch Martin als Theil des Sittengesetzes anerkennt, genügt; noch wird man sagen können, daß durch jedes Verbrechen die Existenz des Staats auf

dem Spiele stehe, indem, einige Verbrechen und den Zustand der Anarchie abgerechnet, Verbrechen nur die moralische und rechtliche Ordnung des Staats, den Rechtszustand, den Rechtsfrieden, verletzen.

Den Beweis der laesio inchoata, als zweiten Requisits der Nothwehr, die analog (neben dem wirklichen Nothwehrrechte) dem Staat zukommen soll, sucht Martin so zu führen: „Der Nachtheil, welcher aus der Verletzung des Gesetzes, oder aus dem Angriffe auf dasselbe — folgeweise auch auf den Staat — entspringt, ist nur erst drohend, nicht bereits vollendet, weil durch die Zufügung einer angemessenen Strafe das Ansehen des übertretenen Gesetzes allgemein, d. h. sowohl bei dem Verbrecher, als auch bei allen übrigen Staatsbürgern wieder befestigt wird.“ Allein auch dieser Beweis ist verfehlt. Denn, mögen die nachtheiligen Folgen einer statt gehabten Verletzung noch so vollständig wieder aufgehoben werden können, so folgt daraus noch nicht, daß die Verletzung keine Verletzung, sondern nur eine Gefahr drohende Handlung war. Mit eben dem Rechte dürfte man z. B. einen Mißhandelten, welcher durch ärztliche Hülfe völlig wieder hergestellt wurde, damit trösten, daß er nicht mißhandelt, sondern nur mit Mißhandlungen bedroht worden sey. Den schlimmsten Gebrauch aber könnten die Verbrecher selbst von jenem Satze machen. Denn, könnten und dürften sie sich vorspiegeln, daß ihre Missethaten, obgleich vollendet, mehr nicht als Gefahr drohende Angriffe seyen, so wäre dieß nicht nur eine Beruhigung für ihr schuldbeladenes Gewissen, sondern zugleich eine Aufmunterung, auf der Bahn des niemals zur Verletzung führenden Verbrechens fortzuschreiten.

Martin hätte daher vielmehr so argumentiren sollen: jede Verletzung einer Zwangspflicht ist Verletzung des Gesetzes, also auch des Staats, weil dieser nur durch Gesetze besteht; mithin muß es die Aufgabe des Staats seyn, diese Verletzung, d. h. den durch das Verbrechen angestifteten moralischen Schaden, durch die Strafe wieder aufzuheben (zu tilgen, wieder gut zu machen). Soll dieß aber nicht die Aufgabe des Staats seyn, er also nur abwehren, so käme er nicht nur mit dem Abwehren

zu spät, sondern es erhellt nicht einmal mit Gewißheit, ob er den Nothwehr= oder den Präventionszwang auszuüben habe, indem das nicht näher bestimmte Merkmal „drohend" so gut auf diesen, wie auf jenen paßt. Kommt indeß der Staat mit dem analogen Nothwehrrechte zu spät, weil der Angriff auf das Gesetz und auf den Staat bereits vollendet ist, so wird man sich als abwehrenden Zwang nur den Präventionszwang im Sinne Grolman's (ne in posterum peccetur) denken können. Hiernach führen Martin's Prämissen entweder zur s. g. Wiedererstattungs= (Sühn= oder Buß=) Theorie, oder zur Theorie der Prävention, während sie ein Mittleres wollen, welches rechtlich nicht gedacht werden kann.

Den Beweis des dritten Requisits der Nothwehr, daß der Angriff auf ein unersetzliches Gut gerichtet seyn müsse, drückt Martin durch den Satz aus: „Denn es gilt, in der That, hier dem Lebensprinzipe der juristischen Person, wofür überall kein Ersatz möglich ist." Allein so gewiß auch zugegeben werden muß, daß ein Staat, in welchem die Gesetze ihr Ansehen und ihre Kraft verloren haben, seines inneren Lebens beraubt, nur ein todter, sich selbst zersetzender Körper ist: so kann man doch nicht zugeben, daß der aus der Verletzung des Ansehens der Gesetze, und folgeweise des Staats, entspringende moralische Schaden schlechthin unersetzlich sey. Vielmehr läßt sich eine Wiederherstellung des Zustandes der Unverletzlichkeit denken, zwar nicht im physischen Sinne, als ob dadurch das Geschehene ungeschehen gemacht werden könnte, aber doch im moralischen Sinne, wenn nur zu rechter Zeit und in rechtem Maaße die Strafgewalt des Staats gegen den Verletzer einschreitet.

Das vierte Requisit der Nothwehr, daß dieselbe nicht durch gelindere Mittel als Gewalt (hier Strafen) abgewendet werden konnte, benutzt Martin theils für die Bestimmung des Umfangs des Strafgebiets, theils für die Qualität und Quantität, kurz für den rechtlichen Maaßstab der Strafen.

Das Prinzip, welches er von diesem Standpuncte für den Umfang des Strafgebiets (im Gegensatze des civilen Unrechts) aufstellt, stimmt mit dem von den relativen Strafrechtssystemen

überhaupt aufgestellten im Wesentlichen überein, ist aber mehr nicht als angedeutet, was auch von dem Maaßstabe der Strafe gilt, dessen Prinzip so lautet: „Die Größe der Strafe darf nie die Größe der Gefahr übersteigen, die dem Ansehen der Gesetze und hiedurch dem Staate selbst, nach Beschaffenheit des Verbrechens, droht". Dieß heißt mit andern Worten: je gemeingefährlicher die Handlung ist, um so größer die Strafe, und umgekehrt, je geringer die Gemeingefährlichkeit derselben, um so geringer die Strafe. Dieses Maaß darf sie niemals überschreiten, weil Martin keine Abschreckungs-, sondern proportionirte Strafen will. Für die Ausführung dieses Prinzips verweist er in der Vorrede S. X auf Oersted's Grundregeln der Strafgesetzgebung §. 4 und 17, woraus, so wie aus einer dort vorkommenden Aeusserung, man ersieht, daß ihm die Begründung des Strafrechts die Hauptsache ist, welche schon dann als gelungen gelten könnte, wenn auch aus ihr keine brauchbaren Prinzipe für die Qualität und Quantität der Strafe (also wohl auch für den Umfang des Strafgebiets) abgeleitet werden könnten, was bei einem practischen Juristen, wie Martin, auffallend ist. Jedenfalls hat er die höchsten Grundsätze des Strafrechts bloß angedeutet.

Ist nun aber, wie nachgewiesen wurde, der Rechtsgrund der Strafe bei dieser Theorie verfehlt, so kann auch der daraus abgeleitete Grundsatz für das rechtliche Strafmaaß nicht als begründet gelten. Nicht die Größe der Gefahr, (Gemeingefährlichkeit) der Handlung, sondern allein die Größe der durch sie verursachten Verletzung (Gemeinschädlichkeit), kann diesemnach den Maaßstab der Strafe bestimmen; nicht zu gedenken, daß jener Maaßstab zugleich höchst bedenklich wäre. Denn, daß das Recht der Selbstvertheidigung im Allgemeinen möglichst zu begünstigen, und daher auch Excesse in der Ausübung desselben, wenn sie nur nicht mit Vorbedacht geschehen, möglichst mild zu beurtheilen seyen, muß das Rechtsgesetz, ja sogar das Abschreckungsprinzip anerkennen, weil ein ausgedehntes Nothwehrrecht den Angreifer mehr abschrecken wird, als der Buchstabe des Gesetzes. Sollen diese Sätze auch auf den Staat, welcher vermöge analoger Nothwehr straft, angewendet werden, so wären sie in hohem Grade bedenklich, ja

müßten geradezu verworfen werden. Uebt der Staat wirkliche Nothwehr aus, so kann ihm freilich nicht genau vorgeschrieben werden, in welcher Art und durch welche Mittel er sich zu helfen habe, indem dieß von den besonderen Umständen des Falles und deren Beschaffenheit abhängt, wobei es zugleich dem Staat, wie dem Einzelnen, begegnen kann, daß er nämlich seinen Kopf verliert, und daher entweder zweckwidrige Mittel oder unnöthige Strenge anwendet. Allein, wenn er nach beendigter Nothwehr (oder auch ohne solche) straft, so muß es sich nach Rechtsgrundsätzen anders verhalten, wie dieß auch Martin selbst zugiebt, indem er zum Zweck der Abschreckung im Sinne Feuerbach's verlangt, daß die Strafen vorher angedroht seyn sollen, um gemäß dieser Drohung in Anwendung gebracht zu werden.

§. 108.

c. v. Weber.

Wie schon oben (§. 106) bemerkt wurde, so beruft sich Martin darauf, daß seine Ansicht vom Rechtsgrunde und Zweck der Strafe bei einigen Gelehrten Anerkennung gefunden habe.

Er nennt zuerst Wirth, Handbuch der Strafrechtswiss., Breslau 1823 S. 231 fg., besonders S. 248. „Dieser", bemerkt Bauer, die Warnungstheorie ꝛc. S. 364, „stellt zwar das Prinzip der psychischen Nothwehr auf; allein in einem ganz anderen Sinne als Martin und Schulze. Er folgt nämlich ganz der Theorie des psychischen Zwanges, und fügt nur für dessen Gebrauch „die Gränzbestimmung" hinzu, daß der Beleidiger immer zugleich als organisches Staatsglied behandelt werden müsse. Er will daher durch den Ausdruck „Nothwehr" nur das Erforderniß der „Nothwendigkeit" der Strafe, als Verhütungsmittel, ausdrücken. So sagt er z. B. S. 254: „Das beschränkende Wort: Noth drückt in dem ihm hier beigelegten Sinne lediglich die Beschränkung der Verhütungsmittel aus, daß sie so eingerichtet werden sollen, wie es nöthig ist, daß sie bloß um deswillen gebraucht werden, weil andere Mittel nicht wirksam sind." Daß aber ein solcher Begriff der Nothwehr dem allgemeinen Sprachgebrauche widerspricht, dieß ist eben so unverkennbar, als daß hierin keine wirkliche Ab-

weichung von der Feuerbach'schen Theorie liegt, indem auch nach dieser die Strafe durch Nothwendigkeit bedingt ist."

So äussert auch v. Wächter, Lehrbuch des Strafrechts Thl. 1 S. 49, bei Gelegenheit der Selbsterhaltungs- oder Nothwehrtheorieen: „Auch Wirth (a. a. O. S. 199 fg., S. 225—259) vertheidigt eine auf eigenthümliche Weise ausgebildete Nothwehrtheorie, indem er die Feuerbach'sche Abschreckungstheorie beschränkt durch den Zweck, den zu Bestrafenden bei der Abschreckung als ein Glied des Staatsorganismus zu respectiren und für seine Zwecke zu erhalten zu suchen, und die gedrohte Abschreckungsstrafe als eine „psychische Nothwehr des Staats gegen seine organischen Glieder" zu rechtfertigen sucht."

Hiernach besteht die Aehnlichkeit zwischen der Ansicht von Martin und Wirth nur darin, daß beide von dem Prinzipe der Nothwehr ausgehen, aber jeder in einem andern Sinne, und daß sich beide, wiederum in verschiedenem Grade, der Feuerbach'schen Theorie nähern. Dieß berechtigt aber nicht, Wirth zu den Vertheidigern der Nothwehrtheorie zu zählen. Seine „psychische" Nothwehr will ganz etwas anderes ausdrücken.

Dagegen hat der, um die Wissenschaft des Strafrechts hoch verdiente, vor kurzem in unserer Mitte als Präsident des Tübinger Gerichtshofs verschiedene v. Weber in einem Aufsatze im Crim. Archiv Bd. 6 S. 436 fg., besonders S. 453, sich die Theorie von Schulze und Martin in folgender Weise angeeignet:

„Jeder Staat hat ein Recht, sich als solchen zu behaupten, und somit auch die Befugniß, sich gegen Angriffe auf seine Existenz und gesunde Fortdauer zu schützen. Sofern nun die Verletzung gewisser, durch den Staatszweck gebotener Zwangspflichten nicht nur unmittelbar eine Verletzung einzelner Rechte, sondern auch eine „Gefahr" für das gesunde Fortleben der Gesammthei oder des Staats (als moralischer Person) überhaupt veranlassen kann, insofern ist der Staat auch befugt, dem Urheber der drohenden Gefahr Uebel zuzufügen, welche, von der „Entschädigung" des durch das Verbrechen Verletzten nach Grund und Absicht gesondert, den Zweck haben, jene Gefahr für den Staatsorganismus überhaupt abzuwenden."

„Dieses Recht zu strafen fließt so aus dem Selbsterhaltungsrechte des Staats, und die „gerechten Schranken" einer solchen Strafgewalt sind im Allgemeinen durch die Forderung gegeben, daß jedes Verbrechen und Vergehen für den Staat selbst eine wirkliche Gefahr, und zwar die eines „schwer zu ersetzenden" Nachtheils herbeiführen müsse, daß aber dieselbe noch durch Strafe „abgewendet werden könne", diese Abwendung dagegen durch andere (gelindere) Mittel, ausser der Strafe, nicht wohl zu erreichen sey. Wenn nun Vernunft und Geschichte bewähren, daß derjenige Staat keineswegs lebenskräftig fortbestehen könne, dessen Gesetze ihr „Ansehen" auf seinem eignen Gebiete verloren haben, und wenn jedes Verbrechen und Vergehen wenigstens einen Angriff auf dasjenige Gesetz enthält, wodurch es verboten worden ist: so wird wohl eine unverkennbare (größere oder geringere) Gefahr für das Ansehen der Gesetze durch jedes Verbrechen oder Vergehen erzeugt, und dadurch das gesunde Leben des Staats angegriffen."

„Dieser Angriff enthält jedoch nur selten eine wirkliche „Störung" des Staatsorganismus, sondern nur, so lange die Strafgewalt sich noch äussern kann, eine „Gefährdung" jenes Organismus. Denn durch die Zufügung einer angemessenen Strafe wird das Ansehen des übertretenen Gesetzes bei dem Verbrecher, wie bei andern Staatsbürgern wieder befestigt. Und so erscheint die Strafe, nach der Beschaffenheit „der Menschennatur", als ein zweckmäßiges Mittel, das Ansehen verletzter Gesetze zu sichern, indem dieß ohne Strafe nicht vollständig zu erreichen wäre."

„Alle Strafgesetze haben demnach den „Hauptzweck", das gesunde Fortleben des Staats gegen die ihm aus dem sinkenden Ansehen seiner Gesetze drohende Gefahr zu schützen. Darum drohet das Strafgesetz die Strafe an, und darum wird auch diese nach Vorschrift des Strafgesetzes vollzogen, so oft die Androhung allein nichts half. „Mittelbar" liegt daher in dem bisher entwickelten Prinzipe auch der Zweck der „Abschreckung" von Verbrechen, besonders der s. g. psychologischen Abschreckung, ohne die unmittelbare, durch den Strafvollzug selbst bewirkte, auszuschließen, indem auch die Rücksicht auf diese, zumal bei alternativ begründeten Strafen wider den Verbrecher, die Wahl des

Strafmittels mit bestimmen kann. Nicht weniger läßt obiges Prinzip auch den Zweck der „Besserung" des Verbrechers, so wie den Zweck, den nicht zu Bessernden für die Gesellschaft unschädlich zu machen, als nach Möglichkeit beachtenswerthe „Nebenzwecke" zu."

„Dieses System ist mit dem Feuerbach'schen insofern nahe verwandt, als es, gleich diesem, ein die Strafe voraus androhendes Gesetz verlangt, und mit dieser gesetzlichen Androhung vorerst das „gelindere" Abhaltungsmittel gegen Uebertretungen, d. h. die Furcht vor der Strafe, in Anspruch nimmt. Der Rechtsgrund der „Strafzufügung" aber liegt nach dem obigen Prinzipe nicht, wie bei dem Feuerbach'schen, in der vorhergegangenen Drohung des Gesetzes, sondern fällt mit dem Grunde und Zwecke der gesetzlichen Androhung in Eins zusammen."

„Mit der Welcker'schen Theorie hat das obige Prinzip insofern viel Analoges, als jene den Hauptzweck der Strafe in die „Wiederaufhebung" der durch das Verbrechen mehr oder weniger bewirkten Unterdrückung „des rechtlichen Willens" der Staatsbürger setzt, nach unserem Prinzipe aber, die durch das Verbrechen entstandene „Gefahr für das Ansehen der Gesetze" mittelst der Strafe wieder aufgehoben, oder die Achtung der Gesetze wieder hergestellt werden soll (Martin bedient sich vorsichtiger nicht der Ausdrücke: wiederaufheben, wiederherstellen, sondern braucht den auch oben von Weber benutzten Ausdruck: wieder befestigen). Diese Gesetzesachtung und jener rechtliche Wille der Staatsbürger sind im Grunde dasselbe. Gleich der Welcker'schen Theorie läßt ferner auch die unsrige noch mehrere untergeordnete oder Nebenzwecke zu, welche erst durch den vorangestellten Hauptzweck, als den obersten, leitenden Grundsatz, ihre gehörige Begründung und Stellung bekommen."

„Der allgemeinere Umfang, in welchem sich hiernach, so wie das Welcker'sche, auch das bisher entwickelte Schulze'sche Prinzip bewegt, zudem aber die größere Deutlichkeit, welche letzteres vor dem Welcker'schen empfiehlt, scheinen den Schulze'schen Grundsatz wenigstens zu einem „leitenden" Prinzip für eine Strafgesetzgebung vorzugsweise tauglich zu machen. Ein solches leitendes

Prinzip schließt, wie erwähnt, angemessene Nebenzwecke der Strafe nicht aus, reißt das Strafrecht nicht los von den übrigen Instituten des Staats oder aus dem Zusammenhange des ganzen Menschen- und Bürgerlebens, verstattet einer umsichtigen „Criminalpolitik" den ihr gebührenden Spielraum, und scheint durch dieß Alles am ersten geeignet, nicht sowohl in der Höhe der Spekulation nutzlos zu schimmern, sondern einen wirklich brauchbaren „allgemeinen Richtungs- und Zielpunct" für die Straflegislation abzugeben."

„Aus dieser Grundansicht ergeben sich vorerst die Sätze: **nulla poena sine lege, und nullum crimen sine poena.** Aus dem Strafgesetze fließt mithin erst der „wirksame" Begriff eines Verbrechens, oder die „Anwendbarkeit" einer Strafe, sobald eine gesetzlich verpönte That ganz oder theilweise zur Existenz gekommen ist. Wodurch aber das Strafgesetz selbst „bedingt" werde, dieß war der Gegenstand der obigen Ausführung. Vom Standpuncte dieser Deduction ergiebt sich vorerst so viel, daß nur solche Handlungen und Unterlassungen der Staatsbürger verpönt werden dürfen (strafwürdig sind), welche für das gesunde Fortleben des Staats „gefährlich", und dem Thäter „zur Schuld zuzurechnen sind." Hierin bestehen die objective und subjective Grundbedingung der Strafbarkeit."

„Wie aber diese Grundbedingungen auf einzelne Handlungen und Imputationszustände näher anzuwenden seyen, oder welche Art von Verbrechen und Vergehen, und welche Grade der Zurechnung deshalb nach Verschiedenheit der handelnden Personen, vom Gesetzgeber bezeichnet werden sollen: diese complicirten Aufgaben zu lösen, ist zunächst Sache der Criminalpolitik und empyrischen Psychologie. Denn nur diese in das Detail der Bedürfnisse und Reibungen des Staatsorganismus, in das Leben des Volks und die Irrgänge des gewöhnlichen Treibens der Menschen eindringenden „Erfahrungswissenschaften" vermögen näher zu bestimmen, welchen Handlungen durch Strafgesetze zu begegnen, und wie weit wirkliche Uebertretungen nach Beschaffenheit der Umstände und Personen zu imputiren seyen."

„Eben so verhält es sich mit dem Problem, einen richtigen

„Maaßstab der Strafen" zu finden. Es läßt sich zwar aus dem oben dargelegten Strafprinzipe der Satz ableiten, daß die Größe der Strafe, der Größe der dem Ansehen der Gesetze, nach Art des Verbrechens, drohenden Gefahr „etwas überwiegend, oder wenigstens gleich" seyn solle. Oder man kann nach „anderen" Theorieen sagen: das Maaß aller Strafen sey dieß, daß immer der Abscheu, den sie bewirken, den „Reiz" derjenigen bösen That, „um etwas übersteigen" müsse, welchen sie verhüten sollen; und daß insbesondere auch die Qualität der Strafe durch den Geist des Verbrechens bestimmt werde. Wie wenig, oder gar wenig, ist aber mit solchen allgemeinen Grundsätzen für das Detail eines anwendbaren Strafsystems gewonnen."

(Bei den Worten: „Oder man kann nach andern Theorieen .... verhüten sollen", wird Weber die Theorie von Klein und Schneider (oben §. 23 — 29) im Auge haben, von der er auch S. 452 sagt: „Die Forderung eines einzelnen Hauptzwecks der Strafe characterisirt .... auch das System vom „Ersatze" des moralischen Schadens — allgemeinen Reizes zu Gesetzesübertretungen — der durch das Verbrechen gestiftet worden ist (Klein und Schneider)."

„Auch der Maaßstab der Strafen ist überhaupt ein objectiver und subjectiver. Jener wird nothwendig durch alle Umstände bestimmt, welche dem Verbrechen einen verschiedenen Grad der Gefährlichkeit für das Gemeinwohl beilegen. Dabei kommt aber nicht allein die Wichtigkeit des durch das Verbrechen etwa verletzten „einzelnen Rechts" in Betracht, sondern auch „der Umfang" einer solchen Rechtsverletzung oder bewirkten Gefahr, so wie der nähere oder entferntere, mehr oder weniger nothwendige Zusammenhang zwischen der Handlung und dem Uebel, das aus ihr entstanden ist, oder hätte entstehen können. Deßgleichen ist nicht ohne Einfluß, ob jenes Uebel wieder gut gemacht ist, oder nicht, so wie, ob es leichter oder schwerer ist, den Verbrecher zu entdecken oder nicht."

„Der subjective Maaßstab der Strafen aber wird bedingt durch alle Umstände, welche die „Festigkeit des gesetzwidrigen Willens" des Verbrechers bezeichnen, und dessen Person „über-

haupt" als gefährlich für das Gemeinwohl darstellen. Hier kommt also die Art und Stärke „der Triebfedern", die den Verbrecher bei der vorliegenden Handlung, und auch bei seiner damit zusammenhängenden bisherigen Handlungsweise überhaupt bestimmt haben, in Betracht."

„Dieser kurze Ueberblick über die mancherlei Momente, welche den objectiven und subjectiven Maaßstab der Strafen bedingen, ergiebt von selbst, wie viel dabei von den „besonderen Verhältnissen" des Staats und seiner verschiedenen Menschenklassen, von der Culturstufe der Nation und ihren vorherrschenden Begriffen und Neigungen, ja selbst von individuellen Trieben und Richtungen des einzelnen Verbrechers abhange. Daher muß auch das besondere Strafsystem eines Staats nach allen bemerkten Rücksichten angemessen geregelt werden; und der Gesetzgeber muß auch noch dem Richter bei Ausmessung der Strafe, nach Beschaffenheit der Fälle, eine gewisse freie Bewegung gestatten, indem sonst statt der gefürchteten richterlichen Willkür, die Willkür des Gesetzes auf eine wegen ihrer „allgemeinen" Wirkung noch mehr nachtheilige Weise vorherrschen würde."

„Hiernach kann kein auf dem Boden der Erfahrung brauchbares, vollständiges Strafgesetzbuch aus Einem obersten Strafprinzipe allein construirt werden, was selbst das Baier'sche Str.G.B. bezeugt, obwohl nach den officiellen Anmerk. zu demselben Thl. 1 S. 65 fg. (und — muß hinzugefügt werden — nach der ganzen Anlage und dem ganzen Inhalte desselben, vgl. §. 63) das Feuerbach'sche Abschreckungsprinzip auf dasselbe einen wesentlichen Einfluß gehabt hat. Allerdings soll der Gesetzgeber ein durch die Idee des Staats und seiner wesentlichen Forderungen gegebenes allgemeines Strafprinzip als obersten leitenden Gesichtspunct anerkennen und festhalten, und dieß gehört nicht zu den bloßen Träumereien der Schule. Allein vorerst hat er dabei zu beherzigen, daß die Strafgerechtigkeit bloß eines von den mehreren Elementen ist, die das Leben des Staats in seinem ordnungsmäßigen Gange erhalten, daß daher der Strafzwang „im Zusammenhange" mit den übrigen Staatseinrichtungen stehen und von ihnen „unterstützt" werden müsse, ohne seinerseits diesen

Anstalten, namentlich den zunächst auf Bildung und Veredlung des Volks gerichteten kirchlichen und polizeilichen Institutionen störend entgegen zu wirken."

„Sodann darf der Strafgesetzgeber nicht vergessen, daß bei seinen Gesetzen nicht bloß der sinnliche Effect, sondern auch der „geistige" Character der Strafe, d. h. ihr Einfluß auf die intellektuelle und moralische Natur des Menschen in's Auge gefaßt, und so die Strafe in ihrer Totalwirkung auf die Bürger, auf den zu Bestrafenden, und auf die allgemeine Achtung der Bürger betrachtet werden müsse. Vorzüglich ergeht an ihn die Forderung, nicht unnöthiger Weise Handlungen, gegen welche der Civiljustizzwang oder das unmittelbare Einschreiten der Polizei hinreichen, in das Gebiet der Strafjustiz zu ziehen."

„Wenn endlich der Gesetzgeber sich einerseits bei dem löblichen Streben, die einzelnen Verbrechen und deren Abstufungen, so viel als möglich, klar zu bestimmen, vor einer den Richter nur ungebührlich bindenden, und doch nicht überall ausreichenden Casuistik zu hüten hat: so soll er andererseits solche Strafen verordnen, die nicht nur der Natur des Verbrechens, nach dessen äusseren und inneren Merkmalen, angemessen sind, sondern auch dem Character und der Culturstufe der Nation entsprechen, und deren allseitige bürgerliche und menschliche Fortbildung befördern. Mit letzterer muß daher auch die Strafgesetzgebung fortschreiten, und sie wird dieß thun, wenn sie den Ansprüchen des „wahren Zeitgeistes", d. h. den entwickelten klaren Ideen und Ansprüchen der Aufgeklärteren und Besseren im Volke, nicht aber bloßem Pöbel- und Modegeschrei huldigt. Die von diesem abgedrungenen Veränderungen in der Gesetzgebung führen gar häufig zu „Rückschritten", welche Schlimmeres bewirken, als das etwa mit zu vieler Aengstlichkeit beibehaltene Alte."

§. 109.

Man verweilt bei dieser im J. 1822 geschriebenen (wenigstens um dieses Jahr im Druck erschienenen) Deduction unseres trefflichen Weber um so lieber, da sie in die Zeit seiner (amtlichen) legislativen Thätigkeit für das Strafrecht und den Strafproceß fällt, und es allen Anschein hat, als wollte er damit

öffentlich Rechenschaft geben von den Grundsätzen, die er bei der Abfassung seines Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Kgr. Württemberg befolgte.

Dieser im J. 1823 erschienene Entwurf, dessen vorschriftsmäßige Grundlage das Baier'sche Str.G.B. war, der aber im Einzelnen viele, selbst wesentliche Verbesserungen seiner Grundlage enthält (Mittermaier im Crim.Archiv Bd. 6 S. 634—670), kam zwar nicht zur Ausführung; allein, wie die Motive zu dem Entwurfe des Str.G.B. vom J. 1835 (vgl. des Vf's Commentar Thl. 1 S. 5) ergeben, aus Gründen, die unabhängig von dem Werthe jener legislativen Arbeit waren. Diese Gründe waren (ungeachtet des schlechten Zustandes der bestehenden Strafgesetze, und einer höchst schwankenden Praxis) — „abzuwarten, und vor der Hand nur im Einzelnen zu verbessern, um Erfahrungen zu gewinnen." Ueber die Zurückstellung seiner zweiten legislativen Arbeit, nämlich des Entwurfs einer Strafproceßordnung vom J. 1820, äussert sich der Hauptbericht der Gesetzgebungs-Commission der K. d. A. vom J. 1841, nach ihr mitgetheilten Acten dahin:

„Dieser Entwurf aus 509 Artikeln bestehend, war nach einer dem Verfasser ausdrücklich gegebenen Weisung auf das Baier'sche Gesetzbuch (Theil II, die Proceßordnung enthaltend) gebauet, enthielt aber auffer mehrfachen erläuternden und belehrenden, mehr der Doctrin angehörigen Zusätzen, verschiedene Abänderungen jenes Gesetzbuchs, ohne das Prinzip des Inquisitionsprocesses und der Schriftlichkeit zu verlassen, und unter Zugrundlegung der in Württemberg bestehenden Gerichtsverfassung. Uebrigens schlug derselbe in Beziehung auf schwerere Criminalfälle ein öffentliches Schlußverfahren vor."

„Die Gerichtshöfe erstatteten mehr oder minder ausführliche Gutachten über diesen Entwurf, in welchen derselbe vielfältig angegriffen, und im Wesentlichen das bestehende Verfahren in Schutz genommen, auch die vorgeschlagene Offentlichkeit nicht gebilligt wurde."

„Hierauf wurde der Entwurf von einer durch die Regierung niedergesetzten Commission in 64 Sitzungen berathen, wobei

hauptsächlich auf den Grund der vom Präsidenten v. Gros (oben §. 35) zu den Acten gegebenen (93) Ausführungen, die meisten Abänderungen, die der Entwurf an seiner Grundlage, dem Baier'schen Gesetzbuche, machen wollte, verworfen, dagegen mehrfache andere Modificationen des bestehenden Verfahrens vorgeschlagen wurden."

Unter solchen Umständen konnte Weber's legislative Thätigkeit keine für ihn erfreuliche seyn. Aber ging es doch auch andern Entwürfen des Strafgesetzbuchs und der Str.Pr.O., die den seinigen nachfolgten, nicht besser — und erlebte es doch zuletzt der würdige Mann, daß — aber freilich erst nach drei und zwanzigjährigem Bedenken — das von ihm beantragte öffentliche Schlußverfahren in schweren Straffällen wirklich in's Leben trat. Dürfen wir dieses als den Grundstein einer künftigen wahren Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens betrachten (und die Erfahrung, die man ja abwarten will, hat bis jetzt nur gelehrt, und wird auch künftig noch lehren, daß an jener Einrichtung nur das zu tadeln sey, daß sie viel zu beschränkt ist): so hat sich Weber unzweifelhaft ein hohes Verdienst um sein, ihm dafür stets dankbar bleibendes Vaterland erworben.

Seine Deduction des Strafrechts fällt weder durchaus mit der Martin'schen zusammen, noch kann man, wie Bauer (die Warnungstheorie S. 366 Anm.) behauptet, zugeben daß Weber in der von ihm befolgten Martin'schen Deduction eine Zusammensetzung der Feuerbach'schen und der Welcker'schen Theorie finde, mithin selbst ein Coalitionssystem aufstelle. Die eine, wie die andere Ansicht beruht auf einem Mißverständnisse.

In der ersten Hälfte seiner Deduction stellt Weber allerdings nur Martin's Ansicht vom rechtlichen Fundamente (dem Rechtsgrunde) der Strafe dar, die aber gegen Martin's trockene Compendiensprache gehalten, sich durch lichtvolle lebendige Darstellung auszeichnet. Eben so entlehnt er von demselben die Prinzipe für den Umfang des Strafgebiets (im Sinne des relativen Strafsystems überhaupt), und für die Qualität und Quantität der Strafen — Consequenzen, die einem consequenten Denker, wie Weber, nicht entgehen konnten. Allein, nunmehr geht Weber

seinen eigenen Gang. Ihm scheint mit diesen allgemeinen — zu abstracten — Prinzipen für die Aufstellung einer Strafgesetzgebung nicht viel gewonnen. Jene Prinzipe können und sollen daher für den Gesetzgeber nur „leitende" Prinzipe seyn; die Ausführung oder Anwendung derselben aber soll lediglich „der Criminalpolitik" zufallen. Nunmehr werden für die Bestimmung der Qualität und Quantität der Strafe, nicht nur neben dem Hauptzweck derselben (Selbsterhaltung des Staats), verschiedene Nebenzwecke aufgestellt, sondern das Selbsterhaltungsprinzip dieser Theorie geht auch unvermerkt in das Wiedererstattungsprinzip Klein's, Welcker's und Anderer über — zum Beweise, wie unabweisbar sich dieses letztere Prinzip vom Standpuncte des relativen Strafsystems erzeigt.

Wie soll nun aber die „Criminalpolitik" an der Hand jener „leitenden" Prinzipe sich thätig erzeigen? In welchem Grade ist sie an letztere gebunden? Und wer hat diese Gränzen zu bestimmen?

Zur Beantwortung dieser Fragen wollen wir v. Weber (a. a. O. S. 450) selbst reden lassen: „Man ist, sagt derselbe, in unsern Tagen von der Idee zurückgekommen, als ob es für den Richter und den Strafgesetzgeber genüge, von einem bestimmten Prinzipe des Strafrechts auszugehen. So nothwendig ein solches Prinzip auch ist, um den flachen Empirismus und die bloße Willkür aus der Rechtspflege und Strafgesetzgebung zu verbannen, so kann doch die „Strafrechtsphilosophie" den Criminalgesetzgeber und den Richter nur erleuchten und leiten, und dieß auch nur dann, wenn sie selbst nicht von dem Leben abgerissen ist, sondern mit dem ganzen Seyn und Treiben der Menschen, mit der Idee des wahren (auf Sittlichkeit gegründeten, daher sittliche Veredlung des Menschen — nicht bloß äussere Sicherheit — bezweckenden, a. a. O. S. 437) Staats und der Bestimmung der Menschheit, und mit den Verhältnissen und Bedürfnissen der dem Staat angehörigen Nation in genauer Berührung steht. Mit andern Worten: die Strafrechtsphilosophie muß sich mit einer „umsichtigen" Criminalpolitik verbinden, welche

die practische Anwendung, die nähere Bestimmung und Richtung der rechtsphilosophischen Grundbegriffe bedingt."

„Ist dem also, so ist es auch klar, daß für eine Strafgesetzgebung mit der Aufstellung eines philosophischen Strafprinzips bei weitem nicht Alles gethan ist. Denn für das practische Resultat, für das Detailwerk kommt es auf die durch die Criminalpolitik an die Hand gegebenen „Mittelsätze" über die Bedingungen und den Maaßstab der Strafbarkeit einzelner Handlungen noch vorzüglich an."

Also: die Criminalpolitik, und zwar eine „umsichtige", hat die „Mittelsätze" theils über die Bedingungen der Strafbarkeit einzelner Handlungen (über die Strafwürdigkeit der Handlungen, über den Umfang des Strafgebiets), theils über den Maaßstab (die Qualität und Quantität) der Strafe, zu geben.

Soll damit, was das erste Prinzip betrifft, nur ausgedrückt werden, daß der Gesetzgeber die Frage, welche einzelnen Handlungen nach dem Prinzipe der gemeinen Gefahr (für das Ansehen der Gesetze, und mittelbar des Staats) strafwürdig seyen, welche nicht, weil zu deren Abwendung schon gelindere Mittel (Civil- oder Polizeizwang) ausreichen — nach Maaßgabe der inneren und äusseren Zustände und Verhältnisse des Staats zu beurtheilen habe; soll also mit andern Worten damit ausgedrückt werden, daß jenes Prinzip, wenn gleich in sich unwandelbar, in seiner Anwendung auf die gegebenen Verhältnisse und Zustände des Lebens zu einem wandelbaren Umfange des Strafgebiets führe: so ist dieß freilich ein unbestreitbarer, durch die Geschichte aller Völker bestätigter Satz. Allein, warum will man dann von einer Criminalpolitik, statt von einem Rechtsprinzipe, reden? Und worin sollten hier wohl die s. g. Mittelsätze der Politik bestehen, wenn das Prinzip der gemeinen Gefahr nicht bestimmend, sondern nur leitend seyn soll? Will Weber damit ausdrücken, der Gesetzgeber dürfe selbst über jene Gränze hinaus willkürlich den Umfang des Strafgebiets erweitern, nur nicht zu weit, weil die Criminalpolitik eine umsichtige seyn müsse: so kann dieß vom Standpuncte des Rechts niemals zugegeben werden. Denn wer hätte dann die Gränze zu bestimmen? Nur die vom Recht emancipirte

Politik, so weit sie es für gut findet sich selbst Schranken und Zügel anzulegen.

Bestimmter tritt ein solcher Uebergriff der Criminalpolitik bei dem, vom Standpuncte der relativen (überhaupt aller) Systeme besonders wichtigen Prinzipe für den Maaßstab (die Qualität und die Quantität) der Strafe hervor. Denn daß Weber hier mehr als den Satz, daß der Maaßstab ein wandelbarer sey, ausdrücken wollte, kann nach seiner Darstellung nicht bezweifelt werden. Um vorerst eine Mannigfaltigkeit der Strafarten, je nach Verschiedenheit der Verbrechen und der Verbrecher, zu gewinnen, nimmt er mehrere besondere Zwecke der Strafe an, und überläßt es der Criminalpolitik darüber zu entscheiden, wie und unter welchen Umständen von diesen verschiedenen Strafmitteln (Abschreckungs-, Besserungs-, physischen Präventionsstrafen, auch analogen, oder den Talionsstrafen ähnlichen Strafmitteln) Gebrauch zu machen sey. Diesen Gedanken hat schon Fichte ausgesprochen, aber nicht glücklich durchgeführt (§. 8 und §. 10), weshalb Weber die Entwickelung desselben lieber der „umsichtigen" Criminalpolitik überläßt. Dieser wird dann auch die Befugniß eingeräumt, das Maaß der an sich verdienten Strafe, „um etwas" zu überschreiten, wobei Weber zugleich in das Gebiet der Wiedererstattungstheorie übergeht. So sollen also, an der Hand einer umsichtigen Criminalpolitik, eine Menge Momente ihre Geltung finden, die in dem, auch von Weber angenommenen Martin'schen Prinzipe über das rechtliche Strafmaaß gar nicht enthalten sind, weil dieses Prinzip nur leitend, nicht bestimmend oder den Gesetzgeber bindend seyn soll.

Fragen wir zunächst, ob es einer Mehrheit besonderer (oder Mittel-) Zwecke der Strafe bedürfe, um verschiedene Arten von Strafübeln zu gewinnen? so ist diese Frage allerdings zu bejahen, wenn der Gesetzgeber von Einem Mittelzweck, als Hauptzweck der Strafe, sey es Abschreckung, oder Besserung, oder Prävention ausgeht, weil er sich dadurch hinsichtlich der Wahl der Strafarten mehr oder weniger Schranken setzt, wie dieß selbst die, der Criminalpolitik am mehrsten sich empfehlende, psychische Zwangstheorie anerkennen muß, welche Besserung und Sicherung

consequenterweise nur als Nebenzwecke der Strafe, mithin keine eigentlichen Besserungs- und Sicherungsstrafen im Sinne des consequenten Besserungs- und Präventionsprinzips anerkennt. Um nun diese, mit den Anforderungen und Bedürfnissen des Lebens unverträgliche Einseitigkeit zu vermeiden, soll — dieß wird die Ansicht v. Weber's seyn — die Criminalpolitik dem Gesetzgeber alle diese verschiedenen Momente zur vollen Disposition hingeben, um sie so weit zu benutzen, als zur Aufstellung eines zweckmäßigen, und möglichst vielseitigen Strafsystems (Systems der Strafarten und Strafgattungen) erfordert werde, was auch mit dem aufgestellten rechtlichen Prinzipe für das Strafmaaß vereinbar sey, weil letzteres dadurch erst zur Ausführung gelange.

Allerdings ist hier zweierlei zuzugeben. Vorerst, daß dadurch noch kein Widerspruch mit dem Prinzipe der Selbsterhaltungstheorie entsteht, weil jene besonderen Strafzwecke dasselbe weder aufheben, noch auch nur modificiren, sondern erst practisch anwendbar machen oder in's Leben einführen sollen. Sodann, daß der Gesetzgeber, welcher zu diesem Behuf Mittelzwecke der Strafe aufstellt, sich auf dem Gebiete der Criminalpolitik befindet, weil alle auf solchen Strafzwecken beruhende Theorieen nur criminalpolitische oder Nützlichkeitstheorieen sind. Allein damit ist im Grunde nichts anderes gesagt, als daß der Gesetzgeber für die Qualität der Strafe von keinem ausschließlich bestimmten Mittelzweck der Strafe ausgehen dürfe, vielmehr seine Aufgabe im Allgemeinen die sey, solche rechtlich zulässige (ein Merkmal, welches freilich Weber nicht genügend hervorgehoben hat) und zugleich zweckmäßige Mittel aufzufinden, durch welche der Hauptzweck der Strafe (Abwehr des Angriffs auf die Auctorität der Gesetze, und mittelbar des Staats) so sicher wie möglich erzielt werden kann. Da nun die Aufgabe des Gesetzgebers nicht sowohl die ist, neue Strafarten aufzufinden, als vielmehr die bestehenden und bestandenen nach jenem Maaßstabe zu prüfen, und demgemäß entweder beizubehalten, oder aufzuheben, oder wieder einzuführen: so muß ihn bei dieser Prüfung allerdings die Rücksicht auf Besserung, Prävention und Abschreckung leiten. Nur darf er auf das letztere Moment nicht viel Gewicht legen, weil Strafarten, welche

lediglich dadurch (also durch keine sonstigen Gründe) gerechtfertigt werden, zu verwerfen sind, und diese Rücksicht den Gesetzgeber leicht zu Erfindung neuer, alle Humanität verläugnenden Strafarten verleiten könnte.

So weit kann also der Ansicht von Weber beigestimmt werden, nicht aber auch, wenn er jene Nebenzwecke der Strafe zu Steigerungen über das an sich (d. h. nach dem Prinzipe der Selbsterhaltung) verdiente Maaß der Strafe benutzt, wenn auch durch diese Steigerungen nur „ein wenig" jenes Strafmaaß erhöht werden soll. Denn dieß heißt die Criminalpolitik über das Recht stellen, während sie sich innerhalb der Gränzen desselben halten soll. Will z. B. der Gesetzgeber der Abschreckung durch das Strafgesetz, oder der Besserung, als von ihm anerkannten Zwecken der Strafe, die Gewalt einräumen, ein höheres Maaß der Strafe festzusetzen, als der Thäter an sich verdient hat: so unterliegt ein solches System allen Einwendungen der Nützlichkeitstheorieen, und wird um so gefährlicher, je mehr solcher Nützlichkeitszwecke, ohne alle Controle als die der Politik, dem Gesetzgeber zu Gebote gestellt werden. Insbesondere hält Weber eine Strafdrohung durch das Gesetz darum, und nur darum, für nothwendig, weil der Staat, bevor er die strengeren Mittel anwende (den Verbrecher strafe), erst die milderen erschöpft haben müsse. Darin folgt er der Ansicht Martin's, die aber bereits oben ihre Widerlegung gefunden hat. Mag dann auch v. Weber darin von Feuerbach abweichen, „daß der Rechtsgrund der Strafzufügung nicht in der vorhergegangenen Drohung liege" (denn dieß hieße mit andern Worten: eine quantitativ ungerechte Strafe werde gerecht vollzogen, wenn sie nur zuvor angedroht sey), sondern „mit dem Grunde und Zwecke der gesetzlichen Androhung (der Gefährdung der Gesetze) zusammenfalle": so wird das rechtliche Fundament der Strafe dadurch wieder geschwächt, daß er der Abschreckung später das Recht einräumt, über jenen Grund und Zweck hinaus zu strafen, d. h. diese Gränze „ein wenig" — also „nur nicht zu viel", wie schon Klein sagt, oder nach den Motiven zum württ. Strafgesetzes-Entwurf: „damit des Uebels nicht zu viel in der Welt werde" — zu überschreiten. Dieß nennt man das Verfah-

ren eines weisen oder gemäßigten Gesetzgebers, obgleich das, wenn auch nur in geringem Grade, Ungerechte weder von Weisheit noch wahrer Mäßigung desselben zeugen kann.

Weiter dann sucht Weber nachzuweisen, daß seine Theorie mit der Welcker'schen insofern zusammenfalle, als die Gesetzes-achtung, welche durch die Strafe „wieder hergestellt" werden solle, und die Wiederaufhebung des durch das Verbrechen unterdrückten rechtlichen Willens im Grunde dasselbe sey. Allein, wenn die Gesetze durch das Verbrechen nicht verletzt, sondern nur gefährdet werden, der Staat also, indem er straft, nur ein Nothwehrrecht ausübt, so kann nicht von der Wiederherstellung eines Schadens, sondern nur von der Abwendung einer Gefahr vor einem Schaden die Rede seyn. Daher bedient sich Martin richtiger des Ausdrucks: „wieder befestigen", und setzt insofern seine Theorie der von Welcker geradezu entgegen.

Ein ähnliches Hinüberschweifen in andere Theorieen findet sich in den Worten: „Man könne zwar aus dem Prinzipe der Selbsterhaltung den Satz ableiten, daß die Größe der Strafe, der Größe der dem Ansehen der Gesetze, nach Art des Verbrechens, drohenden Gefahr „etwas überwiegend", oder „wenigstens gleich" seyn müsse. Oder man könne auch nach andern Theorieen (von Klein und Schneider) sagen: das Maaß aller Strafe sey dieß, daß immer der Abscheu, den sie bewirke, den Reiz derjenigen bösen That „um etwas" übersteigen müsse, den sie verhüten solle" ꝛc. Hier kann das: „etwas überwiegend", und „um etwas übersteigen" — nur auf Rechnung des Abschreckungsprinzips gesetzt werden, wie schon die Berufung auf Klein's Theorie ergiebt; denn diese bekennt sich ganz offen zu dem Abschreckungsprinzipe, und da sie zugleich den angestifteten moralischen Schaden (oder genauer: eine besondere Art desselben, nämlich den bei Andern erzeugten Reiz zur Nachahmung) durch die Strafe wieder aufheben will, so wird sie hier mit dem Prinzipe der Selbsterhaltung in ähnlicher Weise, wie Welcker's Theorie, identificirt.

Dieß scheint freilich widersprechend, weil diese Theorieen, so sehr ihnen der Grundgedanke der verletzten Auctorität des Gesetzes zu Grunde liegen mag, doch nicht zu dem gleichen Straf-

maaße führen. Allein wer, wie Weber, kein bindendes, sondern nur ein „leitendes" Prinzip für das Strafmaaß anerkennt, darf auch in andere verwandte, ja selbst völlig fremde Theorieen oder Prinzipe hinübergreifen, um das seinige für die Zwecke des Strafgesetzgebers möglichst brauchbar zu machen. Ein solcher freier Spielraum — Eklektizismus — mag freilich dem Gesetzgeber willkommen seyn; allein vom rechtlichen Standpuncte läßt er sich nicht rechtfertigen.

Die Ueberzeugung gewinnt man aber aus Weber's, wie aus Schulze's und Martin's Deductionen, daß, wenn die Strafe die rechtlich nothwendige Folge eines verübten Verbrechens seyn soll, sie vom Standpuncte des relativen Systems nur als Mittel der Wiederaufhebung eines durch das Verbrechen angestifteten moralischen Schadens (der Verletzung der rechtlichen und moralischen Ordnung des Staats) aufgefaßt werden kann, und diese Betrachtung führt uns jetzt zu den s. g. Erstattungs- oder Vergütungstheorieen.

§. 110.

2. Die Wiedererstattungstheorie (Sühne- oder Bußtheorie).

Uebersicht.

Man hat für die Theorieen dieser Kategorie verschiedene Namen, von denen aber keiner recht bezeichnend ist. Bauer, die Warnungstheorie ꝛc. S. 301, nennt sie vorzugsweise „Vergütungstheorieen", im Gegensatze der „Verhütungstheorieen", weil sie auf Gutmachung vergangener Störungen der Rechtsordnung gerichtet seyen, während letztere die Verhütung künftiger (möglicher) Störungen der Rechtsordnung bezweckten, wie die seither entwickelten Nützlichkeits- und Selbsterhaltungstheorieen. Diese Ausdrücke mag freilich Bauer, wie er versichert, nicht um eines gesuchten Gleichklangs (zwischen dem vergüten und dem verhüten) willen gewählt haben, sondern darum, weil sie den Gegensatz am bestimmtesten bezeichnen sollen. Allein, wenn er vom Standpuncte der Androhungstheorie daran den Tadel knüpft, das sie „bloß"

auf die „Bestrafung" des wirklichen Beleidigers (auf die Strafzufügung) Rücksicht nehmen, ihr Zweck daher „nur" in der Aufhebung des, dem rechtlichen Zustande durch die Rechtsverletzung zugefügten, idealen Schadens bestehe: so heißt dieß mit andern Worten, daß die Strafe nicht auf die Vergangenheit (quia peccatum est), sondern auf die Zukunft (ne peccetur) zu beziehen sey, was unrichtig ist. Mag auch das römische Recht (**L. 4. Cod. ad leg. Cornel. de sicariis, 9. 16**) sagen: **melius est his occurere et mederi, quam injuria recepta vindictam quaerere**, so hatte es dabei gewiß nicht die Strafandrohung als General-Präventionsmittel im Auge.

Andere Bezeichnungen dieses Systems sind: Erstattungs-, Genugthuungs-, Wiederherstellungs-, wohl auch (sagt Bauer) Abbüßungstheorie. Auch diese Ausdrücke sind nicht recht bezeichnend. Am passendsten wäre noch der letzte Ausdruck, wenn nicht derselbe zu einer Verwechselung mit Fichte's, auf einem Abbüßungsvertrage beruhenden, Theorie führte. Deshalb dürften sie geeigneter Sühne- oder Bußtheorieen genannt werden; denn der Grundgedanke derselben ist der, daß durch die Strafe der angestiftete moralische Schaden (getilgt) gesühnt, oder abgebüßt werden soll. Bauer a. a. O. stellt folgende Characteristik und Eintheilung derselben auf:

„Diese Theorieen gehen von dem allgemeinen Grundsatze aus, daß jeder Beleidiger (Verletzer) die Rechtspflicht habe, den durch seine Beleidigung (Verletzung) verursachten Schaden möglichst zu ersetzen. Dieser Schaden sey aber theils materieller, theils intellektueller Schaden. Die Wiederaufhebung des materiellen oder äußeren Schadens sey Gegenstand des Privatrechts (wonach also der Schaden hinsichtlich des Mein und Dein hierunter zu verstehen ist). Die Wiederaufhebung des intellektuellen Schadens sey die Aufgabe des Strafrechts."

„Der Rechtsgrund der Strafe ist hiernach derselbe, aus welchem die Pflicht zum Ersatz des materiellen Schadens entspringt, nämlich die allgemeine Forderung „der Gerechtigkeit", daß jeder Beleidiger den bewirkten Schaden vollständig ersetze; und beide Verpflichtungen unterscheiden sich also nur eines Theils durch die

verschiedene Art des Schadens (materieller, oder intellektueller Schaden), andern Theils durch das Mittel, den Schadensersatz zu erzwingen (Entschädigungszwang, oder Strafe)."

„Während nun die Vertheidiger der Vergütungstheorieen darin übereinstimmen, daß der Zweck der Bestrafung in Aufhebung des idealen Schadens besteht, herrschen unter denselben über die Natur des idealen Schadens die verschiedenartigsten Vorstellungen."

„A) Manche berücksichtigen nur Eine gewisse Gattung oder Art des, aus der Rechtsverletzung entspringenden Schadens, und setzen in dessen Erstattung den Zweck der Bestrafung. Dahin gehören folgende Arten des Schadensersatzes:

„1) Aufhebung des, durch das begangene Verbrechen gegebenen bösen Beispiels, und des dadurch bei Andern erzeugten Reizes zur Nachahmung. Dahin gehören Klein und Schneider, die jedoch beide zugleich noch eine Executionsstrafe annehmen, und v. Droste-Hülshoff."

„2) Herstellung des durch das Verbrechen verletzten Rechtsgesetzes; der Heiligkeit und Achtung des Rechts; der gestörten Rechtsordnung; der verletzten Freiheit oder Gleichheit (**Cropp, de conaut delinquendi, Heidelb. 1813 p. 11 fg.**, Schröter, Handbuch des peinl. Rechts §. 14, Schmid über den Urgrund des Strafrechts, 1801, Hänsel, über das Prinzip des Strafrechts, Leipz. 1812); Herstellung der verletzten Sicherheit; äussere Heilighaltung der verletzten, unveräusserlichen Menschheitsrechte, oder: thätige Vertretung und Aufrechthaltung des beleidigten Urrechts der Menschheit gegen dessen Beleidiger (Stöckhardt, die Wissenschaft des Rechts, oder das Naturrecht, Leipz. 1825 S. 265). Die hier zusammengestellten verschiedenen Bezeichnungen des idealen Schadens scheinen im Wesentlichen dieselbe Idee auszudrücken."

„3) Vernichtung des Ungerechten; Austilgung der verbrecherischen Schuld; Vernichtung, wohl auch Neutralisirung des Verbrechens (Henke, Handb. des Crim. Rechts 1 S. 72); Aussöhnung des Willens mit dem verletzten Gesetze (v. Bothmer, der Begriff der Strafe, Berlin 1808); Unschädlichmachung des Verbrechens durch Nöthigung des Beleidigers, sich unter das allgemeine Gesetz zu beugen ꝛc."

„B) Andere stellen eine umfassendere Ansicht auf. Namentlich Welcker, über Recht, Staat und Strafe S. 249 fg. (vgl. auch dessen Encyklopädie I. S. 115), setzt den Zweck der Bestrafung in die Erstattung des „ganzen", durch die Rechtsverletzung bewirkten, intellektuellen Schadens, oder in die gerechte Austilgung der ganzen verbrecherischen Schuld. Den intellektuellen (idealen, inneren, geistigen) Schaden findet er im Allgemeinen in der „Störung des Prinzips des rechtlichen Willens", oder, wie man wohl richtiger und deutlicher sagen wird, in der Störung der Rechtsordnung, des Rechtszustandes."

Gegen diese, zuerst von Bauer aufgestellte Classification der verschiedenen Sühne- oder Bußtheorieen dürfte sich indeß mit Grund folgendes erinnern lassen.

Allerdings kann man von Klein, Schneider und v. Drosten-Hülshoff (§. 23—32) sagen, daß sie den durch das Verbrechen angestifteten moralischen Schaden (so sagt man jedenfalls besser als: idealen) nur auf Eine Art der moralischen Schadenszufügung beschränken. Allein von den übrigen Vertheidigern dieses Systems, welche Bauer unter Ziff. 2 und 3 aufführt, kann dieß nicht in gleicher Weise behauptet werden. Denn sie stellen nicht minder einen allgemeinen Gedanken, wie Welcker, auf, und unterscheiden sich von dem letzteren nur dadurch, daß sie sich nicht in eine Zergliederung des moralischen Schadens einlassen, und daher keine Mehrheit von Strafzwecken aufstellen. Eben so wenig kann Henke hieher gezählt werden, weil er vielmehr, und zwar ganz entschieden, zu den Anhängern der moralischen Vergeltungstheorie gehört, obgleich man allerdings zugeben muß, daß die Buß- oder Sühnetheorieen sich dem absoluten Systeme am meisten nähern, selbst darin, daß sie, wie Bauer a. a. O. S. 303 Anm. bemerkt, hin und wieder der nöthigen Bestimmtheit und Klarheit entbehren, und statt die durch eine Straftheorie zu lösenden practischen Probleme sich deutlich vorzustellen, schon zufrieden sind, wenn sie nur den rechtlichen Grund der Strafe (die Rechtmäßigkeit der Strafgewalt des Staats im Allgemeinen) von ihrem Standpuncte nachgewiesen haben.

Das, was diese Theorieen den moralischen Vergeltungstheo-

rieen (deren unverkennbare Vorzüge, bei aller Untauglichkeit derselben für eine bürgerliche Gesetzgebung, in der ersten Abtheilung dieser Schrift hervorgehoben wurden) nahe bringt, läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen. Erstlich: daß sie die Strafe als eine rechtlich nothwendige (durch das Rechtsgesetz, durch die Gerechtigkeit gebotene) Folge von Uebertretungen gewisser Art — Verbrechen genannt — auffassen, mithin den Strafbegriff auf die Vergangenheit, und nur auf diese (quia peccatum est, im Gegensatze des ne peccetur) beziehen. Zweitens: daß das Recht, aus welchem der Strafbegriff abgeleitet wird, nicht Gegensatz, sondern Theil der Moral ist. Drittens: daß die Strafe, als sittlich gebotene Strafe, gegen den rechtswidrigen (durch Sinnlichkeit bestimmten) Willen des Uebertreters gerichtet ist, und das durch ihn angestiftete moralische Uebel so viel wie möglich ausgleichen (sühnen, tilgen) soll. Viertens: daß die Prinzipe für den Umfang des Strafgebiets, insbesondere für die Qualität und Quantität der Strafe, aus dem sittlichen Fundamente (dem Rechtsgrunde) der Strafe, und nicht aus einem willkührlich angenommenen, die Proportion zwischen Schuld und Strafe vernichtenden, besonderen oder Mittelzwecke derselben abgeleitet werden, weil dieß eine Zerstörung der sittlichen Grundlage des Strafbegriffs wäre. Fünftens: daß nicht nur dem Recht, als Quelle des Strafbegriffs, sondern auch dem Staat, welcher das Strafrecht auszuüben hat, eine sittliche Grundlage gegeben, somit ein sittlicher Zweck untergelegt wird. So aufgefaßt bringt der Staat nicht nur das Strafrecht mit den übrigen, ihm obliegenden sittlichen Zwecken in Verbindung, sondern es liegen ihm auch mehr und andere Pflichten gegen den Verbrecher ob, als dem nur, oder vorzugsweise, als Rechtsanstalt aufgefaßten (gedachten) Staate.

Alle diese Momente bringen die Sühne- oder Bußtheorieen unverkennbar den Systemen der moralischen Vergeltung sehr nahe, obgleich sie immer noch wesentlich von denselben unterschieden sind. Denn sie beziehen, wie alle relativen Theoricen, die Begriffe von (bürgerlichen) Verbrechen und (bürgerlicher) Strafe lediglich auf den Staat und Staatszweck, (sofern die Strafe den, der Gesammtheit zugefügten moralischen Schaden wieder aufheben soll); wäh-

rend die Vergeltungstheorieen strafen, weil gestraft werden soll, unbekümmert, ob dadurch der Staat gesichert, gefährdet, oder gar vernichtet werde. — Nach diesen allgemeinen Betrachtungen gehen wir nunmehr zur Darstellung und Beurtheilung der Theorie von Welcker, als dem am sorgfältigsten ausgearbeiteten Systeme dieser Kategorie, über.

§. 111.

a. Welcker.

Dieser Schriftsteller argumentirt in seinem bekannten Werke: Ueber Staat, Recht und Strafe S. 249—275 fg. folgendermaßen.

„Hat ein Mitglied der rechtlichen Verbindung, welches Heiligthaltung des objectiven Rechts als seine innere Pflicht mit freiem Willen anerkannte, von Sinnlichkeit überwältigt, im Widerspruch mit sich selbst und seiner besonnenen Erklärung, das Rechtsverhältniß verletzt, und demselben so „einen Schaden zugefügt": so ist die erste Bedingung seiner rechtlichen Existenz, seine erste Rechtspflicht, die dem rechtlichen Zustande und seinem eignen rechtlichen Willen in ihren Folgen fortdauernd widerstreitende Störung möglichst „wieder aufzuheben und gut zu machen", ohne welches er als unrechtliches Hinderniß des Rechts fortbestehen, und in jedem Momente neu verletzen würde. Wird der Verbrecher sogleich nach seiner That selbst Herr über seine Sinnlichkeit, erhält er seine Freiheit, und mit ihr das Recht seine Heiligkeit und Achtung bei ihm wieder: so wird er selbst seine Verletzung mißbilligen, und freiwillig das Recht herstellen, den materiellen und intellektuellen Schaden aufheben. Uebt hingegen die Sinnlichkeit noch länger ihre Herrschaft über ihn aus, so ist gerade hier der Fall, für welchen alle Bürger mit Freiheit sich im Staatszwange eine Schützung des objectiven Rechts und ihrer Freiheit, sowohl gegen sich selbst als gegen Andere, einen Arzt für Alle, gesetzt haben. Die Staatsgewalt soll sie durch Zwang zur Erfüllung ihrer Rechtspflicht, zur Genugthuung und Wiederherstellung des Rechts anhalten."

„Wiederaufhebung des materiellen Schadens ist Gegenstand des Civilrechts, die des intellektuellen, sofern derselbe überhaupt

in Betracht kommt, oder nicht durch die Wiederaufhebung des materiellen Schadens mit getilgt wird, Gegenstand des Criminalrechts. Nur also in dem „Gegenstande", keineswegs in den „Rechtsgrundsätzen an sich", die überall im Rechte dieselben sind, kann der Unterschied zwischen Civil- und Criminalrecht bestehen, und es liegt gerade darin das Ausstoßen der Strafe aus dem Rechtsgesetze, daß man in neuerer Zeit stets dem Criminalrecht ein „ganz eignes Prinzip" hat aufdringen wollen, was nicht möglich wäre, wenn man den ganz allgemeinen Rechtsgrundsätzen hier Entscheidung und Anwendung gestatten wollte. (Anm: Daß die Griechen, die Römer und die alten Deutschen von einem eignen Prinzipe des Strafrechts nichts wußten, beweist schon die Nichttrennung des Criminal- und des Civilrechts in ihren Gesetzen. Auch Tafinger, Idee einer Criminalgesetzgebung, Tübingen 1811 S. 156, hat auf jenen Mißgriff aufmerksam gemacht, wußte aber keinen Gebrauch von dieser Wahrheit zu machen, indem er dem Criminalrecht aufs Neue das ganz besondere Prinzip der Wiedervergeltung gab, das doch wohl dem Civilrechte fremd ist)."

„Jedes Verbrechen kann einen „mehrfachen" intellektuellen Schaden, d. h. eine gänzliche oder theilweise Vernichtung des geforderten rechtlichen Willens und seines Prinzips bei Gliedern des Rechtsverhältnisses beweisen oder erzeugen."

„I) Bei dem Verbrecher selbst beweist das Verbrechen: 1) einen durch seine Schuld bestehenden erkennbaren Mangel des rechtlichen Willens und des Prinzips desselben, der sittlichen Achtung eigner und fremder moralischer Würde und des Rechtsgesetzes, einen Mangel der für das Rechtsverhältniß nothwendigen Herrschaft der Vernunft, und inneren Ehre in ihm. 2) Ueberhaupt ein Uebermaaß oder zu große Stärke sinnlicher Triebe, und einen Mangel ihrer Harmonie mit den Forderungen des Gesetzes."

„II) Bei den andern Bürgern erzeugt das Verbrechen ohne ihre Schuld: 1) einen Mangel der nothwendigen Achtung und des Zutrauens zu dem Verbrecher. Statt der Erhaltung der äusseren Ehre und der bona fides, ohne welche keine wahre Rechte und ihre Achtung möglich ist, hat er vielmehr beide vernichtet,

und Verachtung, Groll und mißtrauische Furcht seiner Bürger auf sich gezogen, und so das Friedensverhältniß in ihnen zerstört; ist also durch eigne Schuld durchaus störend und untauglich für die rechtliche Gemeinschaft geworden. Es erzeugt 2) das Verbrechen bei den übrigen Bürgern, ebenfalls ohne ihre Schuld, eine Verletzung und Störung des rechtlichen Willens, der Achtung und Achtungswürdigkeit des Rechtsverhältnisses überhaupt. Es ist die öffentliche Nichtachtung des Rechts und Staats eine wahre Ehrverletzung derselben, und fordert, indem sie ihre allgemeine Heiligkeit und Achtung schwächt, welche stets die Vorstellung und das Gefühl der Pflicht ihrer Unverletzlichkeit lebendig erhielten, und die sinnlichen Triebe überwältigten, gerade hiedurch weit mehr als durch unmittelbaren sinnlichen Vortheil aus dem Verbrechen, die Sinnlichkeit der Menschen ebenfalls zu Rechtsverletzungen auf." Endlich:

„III) Begründet in Ansehung des Verletzten das Verbrechen noch besonders, auffer dem ihm zugefügten materiellen, auch einen doppelten intellektuellen Schaden. Denn: 1) ist jede absichtliche grobe Verletzung seiner Rechte und Mißhandlung eine wahre Ehrverletzung, eine Schmach für ihn und die Heiligkeit seiner Rechte. Er wird dadurch als der Achtung unwerth, als ehrlos von dem Verbrecher behandelt und dargestellt. 2) Wird durch dieses Gefühl der Ehrenkränkung und der Rechtsverletzung, die Achtung des Rechts und der rechtliche Wille im Verletzten am meisten gestört. Wie sollte er, der verächtlich Behandelte, welcher bei der erduldeten Verletzung nur Nachtheil von seiner Heilighaltung des unsichern Rechtsverhältnisses zu haben glaubt, dasselbe noch achtungs- und wünschenswerth halten, noch volles Zutrauen zu seinen Mitbürgern haben, von welchen er sich und seine Rechte nicht geachtet hält? Diese Stimmung, das gereizte, edlere und unedlere Rachegefühl, eben so wie die verringerte äussere Ehre des Verletzten, schaden ebenfalls dem Rechtsverhältniß und dem bürgerlichen Frieden unendlich."

„Aller dieser, durch die Schuld des Verbrechers, nach allgemeinen und nothwendigen Gesetzen der menschlichen Natur, für

die intellektuelle Seite des Rechts erzeugte „gegenwärtige" Schaden des Rechts muß durch Strafe aufgehoben werden."

„Es muß zuerst durch moralische, oder wenigstens (so lange nur überhaupt dem Verbrecher noch sittliche Achtung der Tugend und des Rechts im Allgemeinen zugetrauet werden kann) durch politische Besserung, der rechtliche Wille des Verbrechers, und dadurch seine Ehre und sein Friedensverhältniß mit andern Bürgern wieder hergestellt, von dem Unverbesserlichen und aller Achtung Unfähigen aber der Bürgerverein gereinigt werden."

„Nur eine Theorie, welche von einem, von allen Bürgern als Pflicht erkannten und frei gewollten Gesetze ausgeht, wo mithin jede absichtliche Verletzung erkennbar unmoralisch, zugleich aber nur als Product einer verwerflichen Herrschaft der Sinnlichkeit über den besseren Willen des Menschen erscheint; welche ausserdem in der Tugend eben so den letzten Zweck des Staats, als in ihr, und in der auf sie und ihre Annahme gestützten wechselseitigen sittlichen Achtung und Zutrauen der Bürger unter einander, die unentbehrliche Grundlage des ganzen Rechtsverhältnisses und des rechtlichen Willens findet — nur eine solche Theorie kann den Zweck der moralischen Besserung durch Strafe, soweit es die Grundlage des Rechtsverhältnisses und rechtlichen Willens erfordert, und die objective Erkennbarkeit erlaubt, begründen und rechtfertigen."

„Durch die moralische Besserung des Verbrechers wird zugleich seine Ehrlosigkeit, der Groll und das Mißtrauen der übrigen Bürger gegen ihn getilgt, das Friedensverhältniß mit ihnen wieder möglich gemacht. Dann aber, wenn der Staat allen gegründeten Glauben an die Achtung der Tugend bei dem Verbrecher, an seine Besserung und Wiedererwerbung des Zutrauens und der rechtlichen Achtung von den übrigen Bürgern aufgeben muß, bleibt ihm für Herstellung der Gesundheit der Rechtsordnung, für Heilung des Ganzen, nur Ausstoßen des schädlichen Gliedes übrig."

„Für Wiederaufhebung der bei den übrigen Bürgern verminderten Heiligkeit und Achtung des Rechtsverhältnisses muß schon die Besserung des Verbrechers sehr wirken, indem die ernst-

liche Sorge für Unterdrückung und Vernichtung des ungerechten Willens die Realität des rechtlichen Friedens, die gerechte Erwartung seines Fortbestehens, und so die gesunkene Achtungswürdigkeit des ganzen Rechtsverhältnisses wieder hebt."

„Am meisten aber muß durch eine von der Regierung an das Verbrechen geknüpfte allgemeine Mißbilligung und Verachtung des Verbrechers (Infamie bei wahren Verbrechen) das Gefühl der Unverletzlichkeit und Heiligkeit des Rechts, der Abscheu vor seiner Verletzung kräftig erweckt und hergestellt, der Damm gegen die Sinnlichkeit zurückgerufen werden, so ungefähr, wie man geheiligte Personen durch Bestrafung des kecken Frevlers, welcher sie antastete, in Heiligkeit und Ehre erhält."

„Es müssen ferner durch die Verknüpfung sinnlichen Leidens mit dem Verbrechen die durch dasselbe aufgereizten sinnlichen Triebe niedergeschlagen, den Menschen die Vorstellung des sinnlichen Nachtheils aus dem Verbrechen zur überwiegenden erhoben, und so ihr voller rechtlicher Wille hergestellt werden. Insofern also der Verbrecher für sein Theil dazu beigetragen hat, die Achtung des Rechts zu vermindern, die sinnlichen Triebe zu Verbrechen aufzuregen, ist eine Strafe zur Abscheu-Erweckung und Abschreckung des Verbrechens rechtlich erlaubt und nothwendig. Hiefür, wie für die Besserung, ist nichts wichtiger, als Strafen im Geiste des Verbrechens."

„Zur Aufhebung des intellektuellen Schadens des Verletzten muß derselbe durch die vom Staat mit seiner Verletzung verknüpfte allgemeine Mißbilligung und Verachtung des Verbrechers, so wie durch die Strafe zu seiner Besserung bei diesem und allen, in deren Augen er verachtet und verletzt wurde, aufs Neue in Achtung und Ehre hergestellt, und des vollen rechtlichen Schutzes würdig erwiesen werden. Falsch ist es, die Genugthuungsstrafe des Beleidigten überhaupt nicht als Strafzweck anzuerkennen, namentlich seine gegen den Verbrecher bei allen Verbrechen zu fordernde Ehren-Genugthuung ganz zu übersehen, und die Rechte, die man bei geringen Injurien zugesteht, bei den größten Mißhandlungen zu läugnen. Die Beleidigung des Staats tilgt nicht die des Privaten, wenn auch beider Genugthuung auf Eine Weise durch Eine Handlung erlangt werden kann."

„So haben wir sieben gerechte Strafzwecke gefunden: 1) moralische, 2) politische Besserung des Verbrechers; 3) Wiederherstellung der Achtung und des Zutrauens seiner Mitbürger gegen ihn; 4) Wiederherstellung der rechtlichen Willensbestimmung bei den Bürgern, überhaupt ihrer sittlichen und politischen Achtung des Rechts; 5) Wiederherstellung der Ehre und Achtung des Beleidigten; 6) Wiederherstellung seiner rechtlichen Willensbestimmung; und 7) Reinigung des Staats von dem ganz verderblichen Mitgliede."

„Alle diese verschiedenen Zwecke finden ihre Vereinigung und ihren Rechtsgrund in dem „Einen" Grundgedanken der Aufhebung des durch die Schuld des Verbrechers bestehenden intellektuellen Schadens, oder Mangels des rechtlichen Willens und seines Prinzips. Kein „bloß politischer" Zweck, sondern unmittelbar die Idee „der Gerechtigkeit", und ihre erste Forderung, „die Vernichtung des Ungerechten", steht an der Spitze dieses Strafrechts. Nie fällt hiernach der Mensch als bloßes Mittel für fremden Zweck, sondern als Opfer seiner eigenen Schuld und der Gerechtigkeit, mit welcher er versöhnt werden soll. Es wird nicht der Mensch, sondern seine böse That gestraft und vernichtet."

„Auch widerstreiten sich diese verschiedenen Zwecke nicht, sondern unterstützen sich vielmehr wegen ihrer gemeinschaftlichen Natur wechselseitig (so z. B. steht die Besserung des Willens nicht im Widerspruch mit andern Zwecken der Strafe; denn sie ist ohne Aufhebung des ungerecht gestifteten Schadens nicht möglich) — so daß durch die Strafe für Erreichung Eines Zwecks, mehr oder minder die übrigen mit erreicht werden. Sollten in bestimmten Fällen Collisionen möglich seyn, so muß der Staat dem ihm zugefügten wichtigsten Schaden den geringeren in so weit nachsetzen."

„Da als Schuld eines Individuums nur eine, nicht auf äusseren Umständen und Nothwendigkeit, sondern auf Freiheit des Willens beruhende, und insofern zurechenbare Verletzung erscheinen kann: so müssen die Grade dieser Freiheit zugleich die Grade der Zurechnung der subjectiven Schuld des Verbrechers bestimmen, mithin den subjectiven Maaßstab der Strafe ausmachen."

„Es ist nämlich der Maaßstab nach der aufgestellten Theorie, welche eines Theils die Besserung des Verbrechers, andern Theils die Aufhebung der schädlichen Wirkung des Verbrechens auf Andere bezweckt, wahrhaft subjectiv und objectiv zugleich."

„I. Subjectiv ist der Maaßstab insofern, als für die Besserung des unrechtlichen Willens bloß die Größe desselben, wofür die Größe der äusseren That nur Erkenntnißgrund ist, in Betracht kommt. Die Größe des im Menschen bestehenden unrechtlichen Willens, wie ihn das Verbrechen erweisen kann (denn das Innere des Menschen kann nie unmittelbar, sondern nur nach der äusseren Handlung beurtheilt werden), wird durch die Größe der Freiheit, der Möglichkeit das Verbrechen nicht zu begehen, bestimmt. Je stärker (daher) die aus allgemeinen, erkennbaren, in der Handlung unmittelbar, oder in besonderen Verhältnissen des Handelns gelegenen sittlichen oder sinnlichen Motive für das Recht und gegen das Verbrechen antreiben, je größer dadurch die Möglichkeit nicht zu verbrechen und keine Verachtung des Gesetzes an den Tag zu legen, gegeben war — desto größer ist die im Menschen bestehende unrechtliche Willensbestimmung. Umgekehrt, je weniger diese Motive für das Recht und gegen die Verletzung sprechen, je geringer die Möglichkeit war, für das Recht sich zu bestimmen, desto geringer ist der bewiesene unrechtliche Wille."

„Also: 1) je wichtiger die dem Verbrechen entgegenstehende Verbindlichkeit, entweder überhaupt, oder in dem besonderen Zustande des Handelns, erscheinen mußte; je weniger zugleich 2) allgemeine sinnliche Bedürfnisse entweder überhaupt, oder in der besonderen Lage des Handelnden, dazu nöthigten — desto größer ist die erwiesene unrechtliche Willensbestimmung."

„II. Objectiv ist der Maaßstab: 1) insofern, als die schädliche Wirkung auf Andere und ihre Größe in Betracht kommt, für welche zwar auch der unrechtliche Wille im Allgemeinen Grundbedingung ist, aber doch dessen feinere Modificationen überhaupt nicht, am wenigsten bei der geringeren Reflexion des großen Haufens, so sehr entscheiden und wirken, als die äussere Erscheinung des Verbrechens und die Größe der Verletzung. (Anm. So z. B. wird die Strafe des Conats für den Zweck der Bes-

ferung nicht viel von der des ausgeführten Verbrechens abweichen, wenn nicht etwa die Ausführung freiwillig aufgegeben war. In Ansehung des bei Andern gewirkten Schadens ist dagegen der Unterschied zwischen consumirten und nicht consumirten Verbrechen sehr groß). Ferner: 2) entscheidet für den objectiven Maaßstab, für die Schädlichkeit des Verbrechens, nicht sowohl die Vorstellung von der Wichtigkeit der ihm entgegenstehenden Verbindlichkeiten, wie sie nach allgemeinen Kenntnissen und allgemeinen menschlichen, vorzüglich auch moralischen Gefühlen dem Verbrecher erscheinen mußte; sondern der Schaden für den Staat, sein Interesse, daß gerade die Achtung eines bestimmten Rechts nicht geschwächt werde, die Häufigkeit des Verbrechens ꝛc. Oft wird überhaupt dieser Zweck der Strafe stärkeres, oft, wie z. B. bei kleineren Verbrechen, geringeres Leiden als die Besserungsstrafe, meist zugleich eine andere Richtung der Strafe als die bloße Besserung, erfordern."

„Stets muß, auffer diesen allgemeinen Rücksichten, der Gesetzgeber, dessen erste Pflicht es ist, dafür zu sorgen, daß jeder nur so viel leide „als er durch seine Schuld geschadet", als er verdient hat, die nicht nothwendig oder gewöhnlich in der allgemeinen Natur des Verbrechens gelegenen, besonderen Bedingungen, welche erkennbar die Freiheit mehren oder mindern, als „allgemeine Milderungs = und Schärfungsgründe" festsetzen, um danach die nach der „gewöhnlichen Erscheinung" des Verbrechens bestimmten Strafübel zu schärfen oder zu mildern, und so genau der concreten Schuld anzupassen."

„Mit consequenter Ausbildung dieser Grundsätze wird sich Zurechnung und Maaßstab der aufgestellten Theorie auf so sichere und allgemein entscheidende Gründe zurückführen lassen, und das Verhältniß der Strafen von einem aufgestellten „Maximum und Minimum" so genau nach der Größe des Verbrechens abstufen lassen, als es überhaupt möglich ist. Noch keine Theorie, am allerwenigsten die Wiedervergeltung, konnte ein vollkommen genaues und mathematisch gewisses Verhältniß zwischen Schuld und Strafe auffinden, noch wird je eine dieses können. Zwei an sich so ungleiche Gegenstände, wie Schuld und äusseres Leiden

können nur in einem Dritten, „in ihrer Wirkung", ihren Gleichungspunct finden. Dieser ist zwar nach allgemeinen Gesetzen der Natur erkennbar, aber nie mathematisch genau zu berechnen. Menschen haben sich und der Gerechtigkeit genug gethan, wenn sie thaten, was menschliche Kräfte erlaubten, und die beiden Forderungen, Beschränkung richterlicher Willkür und Harmonie zwischen bestimmter Schuld und Strafe, möglichst mit einander vereinigten."

„Die Strafmittel können bei den (angegebenen) verschiedenen Zwecken (der Strafe) sehr verschiedenartig seyn, und ist der Staat überzeugt, den intellektuellen Schaden nicht anders aufheben, die verletzte Gerechtigkeit nicht anders herstellen und in Heiligkeit und Achtung zurückrufen zu können — so ist auch Todesstrafe rechtlich. Denn da alle Bürger als Grundbedingung ihrer sittlichen Existenz, als heiligste Pflicht das Recht anerkannt haben, so muß die Wiederherstellung desselben so oft sie es verletzen, selbst durch den Tod — wenn kein anderer Weg gegeben ist — eben so sehr ihre erste und wichtigste, objectiv erkennbare und rechtliche, Pflicht seyn, als es Pflicht des Staats ist, jeden unrechtlich bestehenden Schaden oder (jedes derartige) Hinderniß des Rechtsverhältnisses aufzuheben. Der Tod ist solchen Verbrechern die einzig mögliche Aussöhnung mit der Gerechtigkeit, die einzige Heilung von der Ungerechtigkeit, wie es Plato sehr richtig betrachtet. Wo das Leben als das Höchste geachtet wird, da hat das Leben selbst keinen Werth mehr. Wer mit Bergk und Andern die Rechtlichkeit der Todesstrafe darum läugnen will, weil Erhaltung des Lebens Gewissenspflicht sey, müßte noch mehr Aufopferung für das Vaterland vom Soldaten (und von Bürgern), müßte auch jede andere Strafe für unrechtlich halten."

§. 112.

Diese Theorie von Welcker hat sehr verschiedene Beurtheilungen gefunden. Man wirft ihr bald Syncretismus vor, bald soll ihre Eigenthümlichkeit nur darin bestehen, daß Welcker die Idee der intellektuellen Schadenszufügung aus den verschiedenartigsten, zum Theil schon bei den Griechen und Römern, mehr noch bei den neueren Schriftstellern vorkommenden Ansichten und

Vorstellungen über die Strafe abstrahirt habe, mithin im Grunde nur Compilation sey. Bald hat man ihr vorgeworfen, daß sie practisch unbrauchbar sey, weil sie die Gränzlinie zwischen Verbrechen, Immoralität, Laster und Sünde aufhebe, und zugleich alle Proportion zwischen Schuld und Strafe unmöglich mache; ja, daß die Strafe so oft ungerecht sey, als sie — wie öfter vorkomme — ihren Zweck, oder die verschiedenen ihr zugewiesenen Zwecke verfehle.

Diese Vorwürfe stellen sich indeß bei genauerer Betrachtung als ungegründet dar, obwohl es der Welcker'schen Theorie an sonstigen gegründeten Ausstellungen nicht fehlt. Zu diesem Behuf haben wir zunächst den Rechtsgrund (das rechtlich-sittliche Fundament) der Strafe vom Standpuncte seiner Theorie zu betrachten, und dann weiter auf die Beurtheilung seiner Prinzipe für den Umfang des Strafgebiets, und für die Quantität und Qualität der Strafe überzugehen.

In formeller Hinsicht — um auch diesen Punct nicht unberührt zu lassen — läßt freilich Welcker's Deduction Manches, wo nicht Vieles, zu wünschen übrig, und diesem Umstande dürfte es, wenn auch nicht allein, doch mit zuzuschreiben seyn, daß sein, obwohl unverkennbar richtiger Grundgedanke bisher so wenig Anklang unter den Rechtsphilosophen, namentlich den Juristen, gefunden hat. Abgesehen von der oft mangelnden Klarheit und Präcision des Ausdrucks, und von gewissen, am wenigsten in ein System des Strafrechts gehörigen, Uebertreibungen, ist es vorzugsweise die Weitschweifigkeit, oft Schwülstigkeit der Darstellung, welche die Auffindung des einfachen Gedankens erschwert, obwohl es auf der andern Seite auch nicht an Stellen fehlt, welche so klar und lichtvoll, so einfach und überzeugend geschrieben sind, daß sie den Leser auf das Angenehmste überraschen, um so mehr aber in ihm den Wunsch hervorrufen, es möchte die ganze Darstellung formell so gelungen seyn. Daß dagegen Welcker zu seinem System auch fremde Gedanken benutzte, dieß kann ihm eine gerechte Critik nicht zum Vorwurf machen. Mag man daher auch bei seiner Darstellung vielfach an Grolman, Henke, Klein ꝛc. (besonders an die beiden

ersteren) und selbst an den Griechen Taurus (§. 95) erinnert werden: so beweist dieß nur, daß Welcker aufrichtig genug war, die Wahrheiten — wenn auch nicht die Systeme — anderer Schriftsteller anzuerkennen, und daß er dieselben dankbar so weit benutzte, als sie mit seinem Grundgedanken zu vereinigen waren. Dieß verdient gewiß mehr Anerkennung, als wenn er hochmüthig, oder gar spottend, auf die Leistungen unserer ausgezeichnetsten Denker herabgeblickt hätte — ein Modeton, gegen welchen er sich in einer später mitzutheilenden Stelle auf das Nachdrücklichste erklärt.

Der Grundgedanke seiner Theorie, daß Schadensersatz uud Strafe, schon als Folgen einer und derselben Uebertretung, dasselbe rechtliche Fundament haben müssen, und daß die Bemühung der meisten Rechtsphilosophen, dem Strafrecht ein besonderes, d. h. von dem des Civilrechts völlig verschiedenes, Fundament zu geben, von der Wahrheit abführen müsse, und wirklich abgeführt habe, muß, wie schon die Beurtheilung der Grolman'schen Theorie (§. 77) ergeben hat, als richtig anerkannt werden.

Hiernach unterscheiden sich Schadensersatz und Strafe nicht durch die Verschiedenheit des Rechtsgrundes (Rechtsgrundsatzes) worauf sie beruhen, sondern nur durch die Verschiedenheit des Objects oder Gegenstandes von einander.

Dieser Gedanke tritt auch unverkennbar in der Geschichte des Strafrechts hervor, indem überall Schadensersatz den Uebergang zur Strafe bildet, und letztere nur als besondere Art oder Form des Ersatzes aufgefaßt wurde, nämlich als ein der verletzten Gesammtheit schuldiger Ersatz, kurz als öffentliche Genugthuung auffer und neben der Privatsatisfaction. Bei den delictis privatis des römischen Rechts, zu welchen z. B. auch furtum und rapina gehören, haben Schadensersatz und Strafe sogar das nämliche Object, nämlich Geld als Mittel der Entschädigung, und Geld als Strafmittel. Eben so finden sich in dem altgermanischen Compositionensysteme Privatbuße (compositio) und öffentliche Buße (fredum, Wette, Gewette) mit gleichem Objecte (nämlich Geld) neben einander, und daraus konnten sehr leicht, namentlich unter dem Einflusse des römischen Rechts, öffentliche

Strafen hervorgehen. Auch die gleichzeitige Verfolgung der Strafe und des Schadensersatzes vor dem nämlichen Gerichte, wie solche noch die P.G.O. Karl's V. vom Standpuncte des Privatanklageprocesses gestattet, hängt offenbar mit jener Auffassungsweise zusammen ꝛc.

Worin besteht nun aber der s. g. intellektuelle, oder richtiger ausgedrückt, moralische Schaden, welcher der Gesammtheit durch das Verbrechen zugefügt wird? Hierauf ist zu antworten: im Allgemeinen (in abstracto) in der Verletzung der Heiligkeit des Rechts und seines Prinzips, und den daraus in verschiedenen Richtungen unvermeidlich entspringenden moralischen Nachtheilen und Uebeln; oder, wie sich Welcker auch ausdrückt, in der Störung des Prinzips des rechtlichen Willens (theils in der Person des Verbrechers, theils Anderer); oder, was dasselbe ausdrückt, in der Verletzung der moralischen und rechtlichen Ordnung des Staats (des Rechtszustandes), welche letztere nur möglich ist, wenn der Wille eines Jeden fortwährend für das Recht und gegen das Unrecht gestimmt ist.

Da indeß dieser Gedanke für die Gewinnung eines rechtlichen Maaßstabes der Strafe viel zu abstract ist, so bedarf es einer Zerlegung desselben in seine Bestandtheile, aus welcher Analyse sich folgende drei Gattungen oder Arten des idealen (moralischen) Schadens ergeben. Erstlich: bei dem Verbrecher selbst theils Mangel der rechtlichen Willensstimmung, theils überhaupt Uebermaaß oder zu große Stärke sinnlicher Triebe. Zweitens: bei den übrigen Bürgern theils Mangel der Achtung und des Vertrauens zu dem Thäter, theils (weil in dem Verbrechen zugleich eine Herabwürdigung des Rechts und ein böses Beispiel liegt) Mangel der Achtung vor dem Rechtsgesetze. Drittens: bei dem Verletzten (denn auch bei diesem muß neben der materiellen die intellektuelle Schadenszufügung berücksichtigt werden) theils Kränkung der Ehre, theils Störung seiner rechtlichen Willensstimmung.

Alle diese Arten des Schadens können und sollen durch die Bestrafung des Thäters wieder aufgehoben werden, und um dieses zu bewirken, muß man sieben Zwecke der Strafe anneh-

men, welche sich sämmtlich in dem Endzwecke der Aufhebung des gesammten idealen (moralischen) Schadens vereinigen, nämlich: 1) moralische (innere) Besserung des Verbrechers; oder doch 2) wenigstens juridische (politische) Besserung desselben; 3) Wiederherstellung der Achtung und des Zutrauens seiner Bürger zu ihm; 4) Wiederherstellung der rechtlichen Willensstimmung bei den Bürgern, überhaupt ihrer sittlichen und politischen Achtung des Rechts; 5) Wiederherstellung der Ehre und Achtung des Beleidigten; 6) Wiederherstellung seiner rechtlichen Willensstimmung; und 7) Reinigung des Staats von dem ganz verderblichen Mitgliede.

Sollte es wohl aber, um hier vorerst stehen zu bleiben, Welcker gelungen seyn, den gesammten moralischen Schaden, welcher aus dem Verbrechen entspringt, durch jene drei Arten oder Gattungen der Schadenszufügung zu erschöpfen? Sollte ferner mit Grund behauptet werden können, daß jedes Verbrechen alle jene moralischen Uebel zur nothwendigen Folge habe? Endlich: hätte nicht auch, neben dem moralischen, der materielle Schaden, welcher dem Staat aus dem Verbrechen — oft in sehr empfindlicher Weise — erwächst, mit berücksichtigt werden sollen?

Die Beantwortung dieser drei Fragen wird zu einem sicheren Urtheile über die Art der Ausführung des, als wahr zugegebenen, Welcker'schen Grundgedankens führen.

Was die erste Frage betrifft, so hat schon die Beurtheilung der Theorieen von Droste-Hülshoff (§. 31) und von Grolman (§. 77) ergeben, daß es unmöglich sey, die moralischen Uebel, die das Verbrechen zur Folge hat, auch nur einigermaßen vollständig darzulegen; vorerst weil es in der Natur des Bösen liegt, über das selbstgesteckte Ziel hinaus sich in weiteren und immer weiteren Kreisen zu verbreiten (was Bentham geistreich zur Eintheilung des Uebels der Verbrechen in das primäre, das secundäre und das tertiäre benutzte); sodann aber auch, weil es von den besonderen, inneren und äusseren Zuständen und Verhältnissen des Staats abhängt, in welchem Umfange und Grade jene moralischen Uebel eintreten. Was daher Welcker als erschöpfend darstellt, hätte mehr nur beispielsweise, und unter Hin-

weisung auf die Relativität jener Folgen, aufgeführt werden sollen.

Auch in Beziehung auf die zweite Frage muß man tadeln, daß Welcker als absolut hinstellt, was nur relativ wahr ist. Denn daß alle Verbrechen, die schwersten und schwereren, wie die geringeren und geringsten, alle jene moralischen Uebel zur nothwendigen Folge haben und haben müssen, kann weder aus Erfahrungs= noch aus psychologischen Gründen behauptet werden. Vielmehr kommt es, abgesehen von dem bereits erwähnten Momente des inneren und äusseren Zustandes des Staats und seiner Verhältnisse, zunächst auf die Beschaffenheit des Verbrechens an sich, auf die besonderen Umstände, unter welchen es verübt wurde, auf die Persönlichkeit des Uebertreters, auf die Motive, welche seiner Handlung zu Grunde lagen ꝛc., an, ob und wie weit jene nachtheiligen moralischen Folgen eintreten oder nicht, wie dieß die gleich folgende Beurtheilung der drei von Welcker aufgestellten Gattungen des idealen Schadens noch bestimmter ergeben wird.

Endlich in Beziehung auf die dritte Frage trifft diese Theorie der, gleichfalls gegründete, Vorwurf, daß sie in der Verletzung des Staats und seiner Ordnung nur eine ideale (moralische) Schadenszufügung erblickt, ohne auf den materiellen Schaden, der den Staat durch das Verbrechen treffen kann und häufig trifft, irgend Rücksicht zu nehmen. Daß bei Angriffen, welche unmittelbar gegen ihn selbst, oder gegen einzelne Gewalten, oder auch nur gegen gewisse nutzbare Rechte desselben gerichtet sind, die schädlichen Folgen des vollbrachten Verbrechens den Staat eben so unmittelbar, wie bei Privatverbrechen die verletzte Privatperson treffen, ist für sich einleuchtend. Aber auch bei Privatverbrechen kann es sich eben so verhalten, indem z. B. durch einen verübten Mord oder Todtschlag der Staat nicht nur eines seiner Glieder verliert, sondern vielleicht einen seiner brauchbarsten Diener oder edelsten Bürger einbüßt. So kann er ferner durch häufige Brandstiftungen, Verwüstungen, Plünderungen ꝛc. zugleich mit seinen Unterthanen in Elend und Armuth versinken, wie Bentham so treffend in seinem mal du tertième ordre nachgewiesen hat.

Gehen wir nach diesen allgemeinen Erörterungen auf die

von Welcker aufgestellten Kategorieen über, so fehlt es auch hier nicht an gegründeten Ausstellungen. Zuerst hebt er die widerrechtliche Willensstimmung des Verbrechers hervor, und diese kann allerdings insofern ein idealer (moralischer) Schaden genannt werden, als das volle Bestehen des Staats und seiner Ordnung dadurch bedingt ist, daß der Wille eines Jeden fortwährend für das Recht und gegen das Unrecht gestimmt ist, wie bei Grolman's Theorie (§. 77) zugegeben werden mußte. Auf der andern ,Seite kann aber doch diese widerrechtliche Willensstimmung nicht zugleich moralische Quelle und moralische Folge des Verbrechens seyn. Man wird daher genauer zwischeu der rechtswidrigen Willens-Bestimmung, d. h. der Richtung des Willens auf Hervorbringung des wirklich verübten Verbrechens, und der rechtswidrigen Willens-Stimmung, als einem Zustande des Begehrens oder Wollens, zu unterscheiden haben. Diese drückt zwar im Sinne Grolman's eine Gefahr vor künftigen Verletzungen, welche durch die Strafe beseitigt werden soll, aus, während es sich hier von der Aufhebung eines, durch das Verbrechen angestifteten moralischen Schadens handeln soll. Allein, ist das volle Bestehen des Staats durch eine rechtliche Willens-Stimmung bedingt, so kann das Gegentheil von einer solchen Stimmung mit Recht ein moralisches Uebel für den Staat genannt werden, und selbst die rechtswidrige (bloß vorübergehende, nicht andauernde) Willens-Bestimmung, als Quelle eines bestimmten Verbrechens, kann ohne Widerspruch so bezeichnet werden, so daß Welcker's Ansicht insofern gerechtfertigt erscheint.

Zweitens bezeichnet Welcker, als idealen (moralischen) Schaden des Verbrechens, den bei andern Bürgern dadurch entstehenden Mangel theils der Achtung und des Vertrauens zu dem Uebertreter, theils der Achtung vor dem Rechtsgesetze. Allein, was die erste Folge betrifft, so läßt sich gewiß mit Grund behaupten, daß es bei den meisten Uebertretern nicht erst eines Verbrechens bedurfte, um ihnen die Achtung und das Vertrauen der rechtlich Gesinnten zu entziehen, weil sie sich desselben mehrentheils schon vorher z. B. durch ihren Lebenswandel, ihren Character ꝛc. verlustig gemacht haben; und umgekehrt, daß Verbrechen und Vergehen

gedacht werden können, welche jene Folge nicht haben, weil sie nicht Ausfluß einer schlechten Gesinnung oder eines bösen Characters sind, ja daß sie sogar eine Steigerung des dem Uebertreter bisher geschenkten Vertrauens bewirken können, wie namentlich der Fall ist, wenn das Gesetz mit schonungsloser (Abschreckungs=) Strenge gegen ihn verfährt, und es dadurch seinen Mitbürgern um so mehr zur Pflicht macht, in dem Straffälligen auch den Menschen und den Unglücklichen zu suchen — und zu finden. Bei gewissen Verbrechen, z. B. den sehr dehnbaren politischen, kann ohnehin theils nach der eigenthümlichen Beschaffenheit dieser Vergehungen, theils mit Rücksicht auf die öffentliche Meinung, regelmäßig von jener Folge gar nicht die Rede seyn. Was sodann die zweite Folge betrifft, so hat die Beurtheilung der Theorie von Klein (§. 27) ergeben, daß auch der Reiz zur Nachahmung, welcher bei Andern durch das Verbrechen entstehen soll, keine nothwendige, sondern nur eine nach Beschaffenheit des Verbrechens und der Umstände mögliche Folge ist. Mithin hat Welcker sich in beiden Beziehungen viel zu apodictisch ausgedrückt.

Drittens hebt er in Beziehung auf den Verletzten Ehrenkränkung und rechtswidrige Willensstimmung desselben, als idealen Schaden des an ihm verübten Verbrechens hervor. Allein so gewiß auch der Verletzer eine Nichtachtung der Rechte Anderer, mithin ihrer Persönlichkeit überhaupt zeigt, so liegt in seiner Handlung darum noch keine Ehrenkränkung des Verletzten; sonst müßte mit der Strafe eines jeden Verbrechens oder Vergehens, wegen idealer Concurrenz, die Strafe der Injurie verbunden werden. Zwar kommt im römischen Rechte die injuria im weiteren Sinne als omne quod non jure fit, mithin, wörtlich genommen, als Inbegriff aller strafbaren Handlungen vor. Allein bei dieser Definition versteht sich die Clausel von selbst: sofern nicht die Handlung mit einer öffentlichen Strafe (ordentlicher oder ausserordentlicher Weise) belegt ist, und es sich nicht bloß von Vermögensbeeinträchtigungen (lex Aquilia, actio de dolo) handelt. Eben so wenig kann mit Grund behauptet werden, daß durch das Verbrechen in dem Verletzten nothwendig, oder auch nur regelmäßig eine rechtswidrige Willensstimmung erzeugt werde. Denn vorerst

ist nicht Jeder zum Rachegefühl geneigt, sondern es giebt auch Viele, welche dem Uebertreter seine Missethat verzeihen, besonders wenn er sich reumüthig zeigt; was jedenfalls christlicher ist, als ihn, was bei Anderen die Rache ausschließt, zu verachten. Denn (Jesus Sirach 21, 18): „strafe dich zuvor selbst, ehe du Andere urtheilst", und (Matth. 7. 1): „Richtet nicht, auf daß ihr nicht gerichtet werdet." Endlich kann auch die Verletzung der Persönlichkeit als solche nicht in dem Verletzten eine Mißstimmung oder Störung des rechtlichen Willens zur Folge haben, widrigenfalls er mit dem Uebertreter auch sich verdammen müßte.

Somit ist Welcker in der Nachweisung der moralischen Uebel, welche aus dem Verbrechen entspringen, nicht ganz glücklich gewesen. Möglicherweise können sie in einem gegebenen Falle sämmtlich zutreffen; denn wer wollte dieß läugnen? Allein in der Regel wird dieß nur zum Theil, und in verschiedener Weise der Fall seyn. Dagegen wäre es eine irrige Schlußfolge, wenn man, wie mitunter geschieht, daraus folgern wollte: mithin entbehre die Strafe im Sinne Welcker's alles rechtlichen Fundaments (Rechtsgrundes). Denn, daß Verbrechen im Allgemeinen für den Staat und dessen Ordnung moralisch schädlich sind, kann nicht geläugnet werden. Sollte es daher auch nicht gelingen, diesen moralischen Schaden im Einzelnen nachzuweisen, viel weniger also ihn bei jedem einzelnen Verbrechen qualitativ und quantitativ zu berechnen, und kann insbesondere der von Welcker in dieser Richtung gemachte Versuch nicht als gelungen gelten: so wird doch dadurch das rechtliche Fundament der Strafe überhaupt (im Allgemeinen) in keiner Weise getroffen.

Nunmehr fragt es sich aber, ob denn die bürgerliche Strafe auch wirklich im Stande sey, jenen Schaden im Allgemeinen sowohl, als insbesondere wieder aufzuheben? Dieß bejaht Welcker, indem er der Strafe verschiedene Wirkungen beilegt, die den einzelnen Arten des intellektuellen Schadens als Folgen des Verbrechens entsprechend, letztere auf eine für die Gerechtigkeit genügende Weise zu tilgen geeignet seyn sollen. „Denn, sagt er, moralische Schuld und äussere Leiden sind zwei an sich so ungleiche Gegenstände, daß sie nur in einem dritten, nämlich in ihren Wir-

kungen, ihren Gleichungspunct finden können; den Gedanken an absolut gerechte Strafen muß sich die bürgerliche Strafgerechtigkeit vergehen lassen, sich daher mit dem begnügen, was ihr möglich ist." Ob nicht aber, wenn zu diesem Behuf sieben coordinirte Strafzwecke für den Maaßstab (die Qualität und Quantität) der Strafe aufgestellt werden, unvermeidlich ein coalirtes oder syncretistisches System (§. 97) entstehe, ist eine Frage, die von den Beurtheilern des Welcker'schen Systems verschieden beantwortet wird.

Welcker selbst drückt sich in einer späteren Schrift, nämlich in seiner Universal- und juristisch-politischen Encyklopädie und Methodologie, Vorrede S. **XXXIII**, dahin aus: „.... und wenn endlich neue ungerechte Angriffe eben so öffentlich zurückgewiesen und beschämt würden, wie früher, ohne all mein Zuthun, von Mittermaier und Wächter rücksichtlich meiner (oder der gesetzlichen) Strafrechtstheorie der offenbar grundlose Vorwurf des Syncretismus es wurde. Syncretismus, eben so der Tod für alle wahre Wissenschaftlichkeit, wie es partheilose Kälte in Sachen der Gerechtigkeit für das sittliche Leben ist, verachte ich vom Grund meiner Seele. Ich verachte ein syncretistisches und eklektisches Zusammenraffen des Verschiedenartigen .... Dasselbe ist meiner Bestrebung nicht minder fremd, als das verbrecherische Bemühen neu und eigen seyn zu wollen auf Kosten der alten Wahrheit und Gerechtigkeit, oder auch als jene Leichtfertigkeit unserer Genialen, bei jedem unsichern Lichte irgend eines Geistesblitzes, mit jeder einseitig aufgefaßten Idee der allerneuesten Philosophie, halb berauscht, im Sturmwinde dahin zu fahren... mit hochmüthigem Blick auf die stetig und ruhig ihrem Ziele Zuwandernden herabblickend."

Und an einer andern Stelle (daselbst S. 115): „Ganz eben so streitet man bis auf den heutigen Tag, ob die rechtliche Strafe sich gründe auf Wiedervergeltung? Oder auf einen vernünftigen Zweck für die Zukunft? und dann wieder, ob auf politische, oder auf juridische Besserung? Oder auf Abschreckung? und dann: ob auf die durch die That, oder auf die durch das Gesetz? Oder auf Genugthuung? Oder auf Prävention? Oder auf Vertheis-

digung? Unsere Systematiker bilden dann diese einzelnen Ansichten in eben so vielen, sieben bis acht, eignen Hauptttheorieen in Lehrbüchern und papiernen Gesetzbüchern in schneidendem Gegensatze aus und durch, wollen fröhlich mit dem „halben Pferde" davon reiten — statt daß nach unsern Gesetzen, und im Wesentlichen in jeder vernünftigen Praxis, alle diese verschiedenen Bruchstücke brüderlich sich einigen, in dem Einen, im Zusammenhange mit dem ganzen Rechtsorganismus aufgefaßten, Grundprinzipe: einer gerechten Austilgung der ganzen verbrecherischen Schuld, oder der intellectuellen Beschädigung des Rechtsverhältnisses; durch diese Einigung im höheren Prinzip aber auf die rechte Weise organisch bedingt und begränzt werden. Der größte Theil meiner Schrift: die letzten Gründe ꝛc. stellt solche einseitige Gegensätze und Versuche der Vereinigung dar, z. B. über das Wesen des Staats, über das jus publicum, über den Staatszweck, über die Souveränetät ꝛc."

In der ersten Stelle nennt Welcker seine Theorie eine „gesetzliche", und in der zweiten spricht er ebenfalls von „Gesetzen und von einer vernünftigen Praxis", worauf sein Prinzip beruhe. Wollte er also kein eigentliches philosophisches System aufstellen? Oder beruft er sich hier nur nachträglich auf die Gesetze und die Praxis, durch welche seine Theorie bestätigt werde? Doch, diese Frage können wir auf sich beruhen lassen, da es sich vielmehr davon handelt, ob nicht Welcker, aller Protestationen ungeachtet — wie er sich ausdrückt — statt auf einem halben, auf einem syncretistischen Pferde davon reite? Dieß behauptet noch zuletzt Bauer, die Warnungstheorie ꝛc. S. 316 und S. 321, indem er zwar zugiebt, „daß die Welcker'sche Theorie nach der Grundidee an sich, und nach der Ansicht ihres Urhebers, als eine einfache, reine Straftheorie anzusehen sey, indem derselbe von dem Einen Grundgedanken einer gerechten Aufhebung des ganzen, durch die Schuld des Verbrechers der Rechtsordnung zugefügten, intellektuellen Schadens ausgehe." Dagegen gehe die Erstattungstheorie, „sofern sie zugleich auf „Verhütung" von Verbrechen gerichtete Strafzwecke anerkenne, nämlich moralische oder doch juridische Besserung des Thäters, Reinigung des Staats von dem ganz verderblichen Mit-

gliede, und Abschreckung Anderer — in eine der Verhütungstheorieen, insbesondere in die Besserungs-, die Präventions-, die Selbsterhaltungs- und die Abschreckungstheorie über, woraus dann weiter folge, daß Welckers Theorie in der That zu den gemischten (syncretistischen) Systemen gehöre". Hiernach wäre dieselbe zwar ihrem Grundgedanken nach (hinsichtlich des Fundaments der Strafe) eine einfache, aber mit Rücksicht auf die für das rechtliche Strafmaaß aufgestellten Zwecke der Strafe eine aus den Vergütungs- und Verhütungssystemen zusammengesetzte Theorie.

Allein auch hier geht Bauer in seiner Neigung, Coalitionssysteme anzunehmen, zu weit. Betrachten wir zunächst die moralische oder politische Besserung des Verbrechers, als Zweck der Strafe, so bleibt Welcker offenbar auf seinem Standpuncte, wenn er sagt: „der rechtliche Wille des Verbrechers, und dadurch seine Ehre und sein Friedensverhältniß zu andern Bürgern, soll durch moralische, oder doch (sofern er überhaupt besserungsfähig ist), durch politische Besserung desselben wieder hergestellt werden." Seine Argumentation ist hier die gleiche, wie bei Henke, daß nämlich, weil die innere Schuld des Menschen incommensurabel sey, und nicht a priori erkannt werden könne, es eben deshalb eines vermittelnden Prinzips für den Maaßstab der Strafe bedürfe, welches — zumal in einem auf Sittlichkeit beruhenden Staate — nur die Besserung des Verbrechers seyn könne. Denn eine Strafe, die hinreiche, um seine Besserung zu bewirken, erscheine angemessen der inneren Schuld und deren Tilgung. Hiernach sind es nicht künftige Uebertretungen, denen durch die Besserungsstrafe vorgebeugt werden soll, sondern die gegenwärtige, durch das Verbrechen dargelegte moralische Schuld (die Nichtachtung der Heiligkeit des Gesetzes) soll durch die Besserung des Verbrechers wieder aufgehoben, getilgt, gesühnt werden. Daher vergleicht auch Welcker im Sinne Henke's häufig den Staat mit einem Arzte, welcher den moralisch Kranken wieder gesund machen soll; eine Ansicht, die sich schon bei den Griechen ausgesprochen findet, indem z. B. auch Aristoteles (Ethik 2, 3) sagt: „Strafen sind in Ansehung der Tugend, was die Arzneien in Absicht der Gesundheit sind; sie sollen die fehlerhafte Disposition

des Gemüths verbessern." Eben so bezeichnet **Bérenger, de la justice criminelle en Françe, Paris 1818**, den Verbrecher als un homme, atteint d'une maladie morale, qu'il faut guérir.

Eben so wenig greift Welcker in das Gebiet der s. g. Verhütungstheorieen ein, wenn er den ganz unverbesserlichen Verbrecher aus der Gemeinschaft des Staats verstößt. Denn dieß geschieht nicht zu dem Zweck, um den Staat gegen künftige Uebertretungen desselben zu sichern, sondern darum, weil (in Ermangelung der Besserung), seine moralische Schuld auf andere Weise nicht getilgt werden kann. In diesem Sinne heißt es namentlich von der Todesstrafe: „Ist der Staat überzeugt, daß der intellectuelle Schaden nicht anders aufgehoben, die verletzte Gerechtigkeit nicht anders hergestellt, und in Heiligkeit und Achtung zurückgerufen werden kann, so ist auch Todesstrafe zulässig."

Endlich begeht Welcker auch keinen Ein- oder Uebergriff in die Verhütungstheorieen, wenn der Reiz zur Nachahmung, den das Verbrechen bei Andern erzeugt hat, zugleich mit durch die Strafe getilgt werden soll. Auch hier gilt es einen gegenwärtigen moralischen Schaden zu tilgen, oder wie man im Sinne des obigen Gleichnisses sagen könnte: eine ansteckend gewordene Krankheit zu heilen. Eine Krankheit ist aber ein gegenwärtiges Uebel, welches der Arzt, wie es da ist, und weil es da ist, zu heilen hat.

Den übrigen Zwecken der Strafe, nämlich: Wiederherstellung der Achtung und des Zutrauens der Mitbürger zu dem Verbrecher, Wiederherstellung der Ehre und Achtung des Beleidigten, macht zwar Bauer nicht den Vorwurf des Uebergriffs in ein anderes strafrechtliches System, hält aber die Strafe für kein zur Aufhebung dieses Schadens geeignetes oder taugliches Mittel. Allein bei dem ersten Zwecke dürfte er übersehen haben, daß Welcker das Hauptgewicht auf Tilgung der Schuld durch moralische, oder doch juridische Besserung des Verbrechers legt, einem wirklich gebesserten Verbrecher es aber nicht schwer fallen wird, die verlorne Achtung und das Zutrauen seiner Mitbürger wieder zu gewinnen; nur freilich, daß es nicht bei allen Uebertretungen einer Wie-

derherstellung seiner Ehre durch die Strafe bedarf, indem es manche, selbst schwer strafbare Handlungen giebt, die den Uebertreter in der öffentlichen Meinung nicht herabsetzen. Noch weniger aber bedarf der Verletzte einer Wiederherstellung seiner Ehre durch Bestrafung des Verbrechers, weil der Mensch seine Ehre nicht durch fremde, sondern nur durch eigne Verschuldung verlieren kann.

Wie sollen nun aber diese verschiedenen Zwecke der Strafe benutzt werden, um einen rechtlichen Maaßstab (Qualität und Quantität) der Strafe zu gewinnen? Hierauf antwortet Welcker: „Der Maaßstab der Strafe ist nach dieser Theorie, welche eines Theils die Besserung des Verbrechers, andern Theils die Aufhebung der schädlichen Wirkung des Verbrechens auf Andere bezweckt, subjectiv und objectiv zugleich.“

Der subjective Maaßstab wird bestimmt durch „die Größe des rechtswidrigen Willens, wie ihn das Verbrechen erweisen kann; denn das Innere des Menschen kann nicht unmittelbar, sondern nur nach der äusseren Handlung beurtheilt werden.“ Dieß, und die beiden Prinzipe, welche Welcker in dieser Richtung aufstellt, erinnern im Wesentlichen an Grolman's subjective Zumessungsgründe der Strafe, nur daß sie, statt auf die Zukunft, auf die Vergangenheit gerichtet sind. Daher hängt die Größe der Strafe nicht von der Besserungsbedürftigkeit oder Besserungsfähigkeit des Verbrechers ab, sondern die, der erkennbaren Größe der Illegalität seiner Gesinnung entsprechende, Strafe soll so eingerichtet werden, daß sie wo möglich zur Besserung desselben, und dadurch zur Tilgung seiner Schuld führt. Es soll also, wie dieß z. B. auch Möhl (Abtheil. I. §. 38) will, mit dem Schuldigen mehr nur ein Besserungsversuch gemacht werden, von dem aber, wenn nur die richtigen Mittel angewendet würden, anzunehmen sey, daß er in den meisten Fällen gelingen werde, zumal von den Unverbesserlichen der Staat gereinigt werden soll, diese mithin hier ausgeschieden bleiben. Dieß scheint wenigstens die Ansicht von Welcker zu seyn, und ist sie es, so bilden zwar Freiheitsstrafen die Regel seines Strafensystems, aber nicht in dem Sinne, daß die Dauer derselben von der (zufällig) früher oder später eintretenden Besserung des Verbrechers abhängt, sondern in dem Sinne, daß die

fest bestimmte (der erkennbaren Größe der Verschuldung entsprechende) Strafe des Richters zu seiner Besserung benutzt, kurz daß seine Strafe wo möglich, zu einer Besserungsstrafe werde.

Allein wie verträgt sich damit der Satz Welcker's, „daß die Regierung vor Allem an das Verbrechen eine allgemeine Mißbilligung und Verachtung des Verbrechers knüpfen müsse", mit der erläuternden Bemerkung (a. a. O. S. 262 Anm.): „Alle wahren Verbrechen müssen im Rechtsstaate mit Infamie verknüpft seyn. Sehr richtig fordert daher die Kaiserin Katharina (in ihrer Instruction für die Gesetzgebungs-Commission) mit Montesquieu 6, 12, daß der wichtigste Theil der Strafe stets die Schande seyn solle." Sind denn aber, fragt man mit Recht, Infamie und Schande, wenn sie das Gesetz als Regel an alle verbrecherischen Handlungen knüpft, mit der Besserung des Schuldigen, als Hauptzweck der Strafe, vereinbar, oder nicht vielmehr völlig unverträglich? Mit vollem Recht tadelt daher Nöllner, Jahrbücher der Gefängnißkunde Thl. 1 S. 213, sehr scharf das württ. Str.G.B., welches nicht nur mit Androhung entehrender Strafen bis zur Verschwendung freigebig ist (solche sind in gegen zwölfhundert Fällen für Vollendung, Versuch und Beihülfe angedroht), sondern im Allgemeinen den Eintritt der Infamie von der Dauer der verwirkten Freiheitsstrafe abhängig macht. Zwar nach dem Strafedikt vom J. 1824 war es noch viel schlimmer, indem dieses (man kann mit Recht sagen, das bisherige Recht hundertfach verschärfende) Gesetz sogar ausspricht, daß jede „mehr als dreimonatliche" Freiheitsstrafe, wenn sie sich nicht zur Verwandlung in „Festungsarrest bis zu einem Jahre" eigne, zeitlebens infamire. Allein reicht es hin, ein solches, durch Privilegien modificirtes System der Ungerechtigkeit, wie es diesen Namen mit vollem Recht verdient, und zugleich als eine unerhörte legislative Erscheinung bezeichnet werden kann, bloß theilweise abzuändern, und nun gar, wenn man mit den Motiven moralische Besserung des Verbrechers als den wichtigsten Nebenzweck der Strafen bezeichnet? Soll nicht vielmehr der Gesetzgeber stets des Ausspruch's Franklin's (Works, Edinburgh 1809 Vol. 2 p. 105) eingedenk seyn: „Das Gesetz, welches über das Maaß der Ver-

schuldung straft, straft die Unschuld, begeht daher selbst ein Verbrechen. Unverdiente Todesstrafe ist mithin nichts anderes als gesetzlicher Mord." Gegen solche Wahrheiten kann nur das Abschreckungsprinzip gleichgültig machen.

Vortrefflich drückt sich darüber auch Hufnagel, Commentar zu dem württ. Str.G.B. Thl. 3 S. 448 aus: „Es ist, heißt es dort, nicht zu viel gesagt, wenn behauptet wird, die erste nothwendige Bedingung der Besserung eines Sträflings sey seine Ueberzeugung von der „Gerechtigkeit" seiner Strafe. Man sagt vielleicht, nothwendige Bedingung der Besserung sey mehr nicht als die Ueberzeugung des von ihm verübten Unrechts; sey die Strafe eine höhere als der Sträfling verdient zu haben meine, so werde er zwar die Härte des Gesetzes oder die Bosheit oder Kurzsichtigkeit seines Richters schelten, sich aber immer dabei sagen, daß hierin eben ein Unglück liege, das er gleichfalls durch seine Schuld herbeigeführt habe. Allein „so könnte" wohl der Sträfling philosophiren, „so wird" er aber nicht philosophiren; er wird „auf die Gerechtigkeit" der Menschen resigniren und wird erbittert werden; er wird sich nicht bessern und kann sich nicht bessern, weil das Gefühl des Unrechts, das er jetzt noch in jedem Augenblick erleidet, stärker ist als das Gefühl des Unrechts, das er früher verübt hat; er wird jetzt schon zum voraus für Unrecht zu büßen glauben, das er etwa künftig wieder begehen könnte, er wird die Strafanstalt ohne gute Vorsätze, vielleicht mit schlimmen verlassen, wenn ihn nicht ein heftiges Temperament oder Mißhandlungen sogar in der Strafanstalt zu neuen Verbrechen treiben."

Mit dem subjectiven Strafmaaße, welches lediglich durch die Größe des rechtswidrigen Willens des Verbrechers bestimmt wird, verbindet sich nach Welcker noch das objective Strafmaaß, „sofern 1) die schädliche Wirkung auf Andere, und die Größe derselben in Betracht kommt; und 2) auch der Schaden für den Staat, sein Interesse, daß gerade die Achtung eines bestimmten Rechts nicht geschwächt werde, die Häufigkeit des Verbrechens ꝛc., entscheidet." Allein theils fragt es sich, ob ein objectives Strafmaaß in der Consequenz eines Systems liege, welches keinen ma-

teriellen, sondern nur einen idealen (moralischen) Schaden als Fundament der Strafe anerkennt? Theils, ob es überall eines solchen bedürfe, weil die objective Seite der That und deren Abstufungen, wie Grolman nachgewiesen hat, ihre vollständige Würdigung schon in der ermittelten Größe des rechtswidrigen Willens finden? Denn, je wichtiger das unmittelbar verletzte Rechtsobject ist, um so dringender ist die Pflicht, dasselbe nicht zu verletzen. Mindestens hätte daher dieses Prinzip berücksichtigt werden sollen, um nicht dem Verbrecher dasselbe Moment doppelt in Anrechnung zu bringen, ihn also unverdient mit doppelten Ruthen zu züchtigen. Endlich hat Welcker das Verhältniß oder Gewicht seiner objectiven zu den subjectiven Gründen der Strafbarkeit nicht einmal angedeutet, viel weniger entwickelt. Er bemerkt nur beispielsweise, daß beim versuchten Verbrechen das Maaß der Strafe verschieden sey, je nach dem einen oder andern Maaßstabe.

Aller dieser Ausstellungen ungeachtet, durchdringt seine Ansicht vom rechtlichen Maaßstabe der Strafe die unerschütterliche Wahrheit, daß der Verbrecher nicht mehr leiden darf, als er „durch seine Schuld geschadet hat", und daß, wenn der Gesetzgeber von diesem Prinzipe — und nicht von bloß criminalpolitischen Rücksichten — ausgehe, eine zwar unvollkommene, aber wenigstens gerechte Gesetzgebung gewonnen werde, bei welcher, weil alles Menschliche unvollkommen ist, sich der Gesetzgeber und der Richter, und mit ihnen der Schuldige und seine Mitbürger, beruhigen können, und beruhigen werden.

Das Prinzip für den Umfang des Strafgebiets (die Strafwürdigkeit der Handlungen) hat Welcker gar nicht entwickelt. Er deutet dasselbe indeß in den Worten an: „Wiederaufhebung des intellektuellen Schadens, sofern derselbe überhaupt in Betracht kommt, oder nicht durch die Wiederaufhebung des materiellen (dem Civilrechte angehörigen) Schadens mit getilgt wird — ist Gegenstand des Criminalrechts." Damit ist zweierlei ausgedrückt; erstlich, daß strafwürdig überhaupt nur solche Handlungen sind, welche einen intellektuellen (idealen, moralischen) Schaden stiften, und zweitens: auch nur solche, bei denen der ideale Schaden nicht

schon zugleich mit, und genügend, durch den Ersatz des materiellen Schadens getilgt wird. In dieser Beziehung bekennt sich mithin Welcker zu dem allgemeinen Prinzipe des relativen Systems, nur daß er mit dem, den Strafzwang insoweit entbehrlich machenden Civilzwange nicht den Präventions- oder Polizeizwang verbindet, wie es Feuerbach, Grolman und Andere thun, welche den Zweck der Strafe in die Verhütung von Verbrechen setzen.

Da dieser Standpunct, wie die Beurtheilung der Nutzenstheorieen ergeben hat, unrichtig ist, so wird es auch nicht nöthig seyn, diejenigen Einwendungen, welche Bauer von seinem Standpuncte (der Verhütung von Verbrechen durch Strafandrohung) gegen die Welcker'sche Theorie geltend gemacht hat, besonders zu widerlegen. Wer aber die Androhungstheorie, sie sey Abschreckungs- oder Warnungstheorie, verwirft, verwirft damit keineswegs alle und jede bürgerliche Strafgesetzgebung. Vielmehr muß jede Rechtstheorie die Nothwendigkeit einer solchen anerkennen, aber aus ganz andern Gründen; und wenn sie aus diesen Gründen da ist, so kann sie dann nicht nur — so weit sie es vermag — die Unterthanen vor Verbrechen und Strafen warnen oder von denselben abschrecken, sondern es ist selbst wünschenswerth, daß sie diese Wirkung in möglichster Ausdehnung haben möge. Weder Gewohnheitsrecht, noch bloße Normalien (Normen, die nur den Gerichten für die Beurtheilung und Entscheidung von Strafällen mitgetheilt werden) sind hiernach geeignet, die Stelle einer Strafgesetzgebung zu vertreten, d. h. die individuelle bürgerliche Freiheit gegen Willkühr und Partheilichkeit der Gerichte zu sichern.

Aber auf der andern Seite ist eine Gesetzgebung, welche vorzugsweise darauf berechnet ist, die von ihr angedrohten „Abschreckungsstrafen" gegen die Willkühr der Gerichte, d. h. gegen eine gerechte Beurtheilung des einzelnen Straffalles zu sichern, ein eben so großes, wo nicht größeres Uebel. Wenn z. B. das Gesetz den Richter nöthigt, die Entwendung einer Kleinigkeit, z. B. einer Katze, um sie zu braten und ihr Fell zu verkaufen, wegen wiederholten Rückfalls mit $5^1/_2$ Jahren entehrender Arbeitshausstrafe zu belegen (Hufnagel, Commentar ꝛc. Thl. 3 S. 456): wer begeht hier im Sinne Franklin's das schwerere Verbre-

chen? der Dieb an dem Eigenthümer der Katze, oder das Gesetz an der Freiheit und Ehre des Bürgers? Aber der Abschreckungsgesetzgeber wirft sich solche Fragen gar nicht auf. Darum wende man sich ab von diesem, man darf sagen fürchterlichen Prinzipe, und halte sich an das Rechtsgesetz, welches proportionirte Strafen gebietet, und sich weder durch die Schwierigkeit ihrer Auffindung, noch durch die unvermeidlichen Unvollkommenheiten der menschlichen Strafgerechtigkeit von ihrem Vorhaben abschrecken läßt, sondern auf eine stufenweise Vervollkommnung des rechtlichen Strafmaaßes zählt und zählen darf, wenn es nur der Wissenschaft, dem Gesetzgeber und dem Richter ernstlich um das Recht, und nur um das Recht zu thun ist. Denn besser ein unvollkommnes rechtliches Strafmaaß, als ein, wenn auch noch so fein ausgebildetes und abgerundetes criminalpolitisches Maaß, wie solches unter den Nützlichkeitstheorieen namentlich die psychische Zwangstheorie aufzuweisen hat.

§. 113.

2. Die Theorie der bürgerlichen Gerechtigkeit.

a. Deduction derselben.

Diese Theorie, von deren Standpuncte sämmtliche bisher dargestellten Systeme des Strafrechts, absolute wie relative, beurtheilt worden sind, beruht auf folgenden, hier nur in ihrem Zusammenhange darzustellenden, und weiter zu verfolgenden Grundgedanken.

„Das Recht ist nicht Gegensatz, sondern Theil der Moral. Jenes wäre ein entsittlichtes oder unsittliches Recht, welches mit Einem Schritte zur Politik, oder zu dem Satze: der Zweck heiligt die Mittel, führen würde."

„Das Rechtsgesetz, als Theil der Ethik, bestimmt nicht alle sittlichen Pflichten des Menschen, sondern setzt nur ein Minimum derselben, als Bedingung eines freien äusseren Beisammenlebens und Wirkens der Menschen. Eben deshalb kann es die Erfüllung dieser Pflichten nicht der bloßen Gewissenhaftigkeit des Einzelnen überlassen, sondern muß, da eine Aufmunterung dazu durch Belohnungen eben so wenig ausreichen als möglich seyn würde,

die Möglichkeit eines Zwanges zu Realisirung derselben setzen. Mehr als die Möglichkeit eines Zwanges kann aber das Rechtsgesetz aus der Beschaffenheit jener sittlichen Pflichten nicht darthun; die Ausführung desselben muß es einer rechtlich gebietenden Macht überlassen."

„Eine solche rechtlich gebietende Macht ist der Staat, welcher, als für die Beförderung der Gesammtzwecke der Menschheit berechnet, eben deshalb auch für die Realisirung der sittlichen Herrschaft des Rechts oder der Gerechtigkeit unter Menschen besteht, und in dieser Richtung, wenn auch nicht ausschließlich, doch vorzugsweise auf dem Rechtsgebiete in Betracht kommt. Nur nenne man ihn in dieser Richtung nicht Rechtsstaat, weil sich daran der verjährte Gedanke knüpft, daß der Staat auf einem, den Gegensatz von der Moral bildenden Rechte beruhe, da doch die Herrschaft des Rechts nur als eine sittliche (moralische Ordnung des Staats) gedacht werden kann; und noch weniger nenne man ihn Polizeistaat, weil dieser die Politik, im Gegensatze des Rechts, als Grundlage des Staats bezeichnet."

„Soll der Staat die sittliche Herrschaft des Rechts unter Menschen herstellen und erhalten, so muß er von seinen Gliedern eine rechtliche Gesinnung und Handlungsweise verlangen, weil es sonst nicht möglich wäre, daß das Rechtsgesetz in ihm zur vollen Herrschaft gelangte."

„Diese rechtliche Gesinnung kann, da das Recht einen Theil der Moral bildet, nicht darin gesetzt werden, daß der Unterthan nur aus Furcht vor Zwangsmitteln das Unrecht unterlasse und das Rechte thue; denn theils spricht das Rechtsgesetz nicht zu der Sinnlichkeit, sondern zu der Vernunft des Menschen, theils können bloß sinnliche Motive keine genügende Garantie für die Befolgung seiner Vorschriften geben. Gleichwohl muß sich der Staat mit solchen Motiven begnügen, weil die Erzwingung einer rechtlichen Gesinnung eben so physisch als moralisch unmöglich wäre. Aber seine Pflicht ist es, durch andere Mittel dahin zu wirken, daß die sinnlichen Motive zu sittlichen werden."

„Die rechtliche Gesinnung, welche der Staat vermöge des Rechtsgesetzes in Anspruch nimmt, besteht in dem fortwährenden

Gestimmtseyn für das Recht und gegen das Unrecht. Denn, da der Wille die Handlungen des Menschen bestimmt, so kann ohne einen für das Recht gestimmten (legalen) Willen das, was das Rechtsgesetz gebietet, nicht erzielt werden. Diese Legalität des Willens kann aber nicht als eine bloß vorübergehende Stimmung, sondern muß als ein fortdauerndes Gestimmtseyn für das Recht und gegen das Unrecht gedacht werden, weil das Rechtsgesetz sich auf alle Willensbestimmungen und Handlungen der Menschen in jeder Lage und in jedem Verhältnisse des bürgerlichen Lebens bezieht."

„Hiernach können als Verletzungen des Rechtsgesetzes immer nur freie Handlungen gedacht werden. Frei ist eine Handlung, die von dem Willen des Handelnden abhing, hinsichtlich welcher er daher die moralische Möglichkeit gehabt hätte, sich anders zu bestimmen, wenn er nur gewollt hätte. Dasjenige Vermögen, vermöge dessen es dem Menschen möglich ist, nach entgegengesetzten Vorstellungen zu handeln, oder sich von diesen bestimmen zu lassen, wird die moralische Freiheit genannt. Sie ist Thatsache unseres Bewußtseyns, und die Voraussetzung des Sittengesetzes, also auch des Rechtsgesetzes."

„Vermöge dieser Freiheit können dem Menschen seine Handlungen und die daraus entspringenden Folgen, sofern er dieselben beabsichtigte oder doch vorhersehen konnte, zum Verdienste, wie zur Schuld zugerechnet werden. Die Zurechnung guter Handlungen zum Verdienste liegt indeß ausser dem Bereiche des Rechtsgesetzes. Denn nach der Idee desselben soll der Staat keine göttliche belohnende und strafende Vergeltung ausüben, sondern nur die moralische Herrschaft des Rechts unter Menschen, so weit dieselbe auf Erden realisirt werden kann, begründen. Dadurch werden freilich Belohnungen für verdienstliche Handlungen um das Gesammtwohl nicht ausgeschlossen; allein sie gehen zunächst das Rechtsgesetz nichts an, weil dieses nur die Zwangspflichten des Menschen, und die rechtlich nothwendigen Folgen ihrer freien Uebertretung bestimmt. Für diese hat der Uebertreter, weil er sie verschuldet hat, einzustehen oder zu haften, und dieses Urtheil wird Zurechnung zur Schuld genannt."

„Diese Haftung ist von verschiedener Art, je nach Beschaffenheit der Verletzung. Mithin fragt es sich, welche Handlungen als Verletzungen des Rechtsgesetzes zu betrachten sind, und welcherlei rechtliche Folgen sich daran knüpfen?"

„Das Rechtsgesetz stellt rechtliche Normen für die verschiedenen Verhältnisse, in welchen der Mensch stehend gedacht werden kann, auf. Diese Verhältnisse sind theils das Verhältniß des Einzelnen zum Einzelnen im Staate, theils das Verhältniß derselben zum Staate."

„Die Gebote, welche das Rechtsgesetz für jenes (das s. g. Privat-) Verhältniß aufstellt, sind zunächst nur negative Gebote, welche aus dem Satze herfließen: Jedermann's Rechte zu achten, d. h. dieselben mindestens nicht zu verletzen. Nur da, wo besondere Gründe, z. B. Familien- oder Vertragsverhältnisse, eine Pflicht zur positiven Beförderung fremder Zwecke begründen, stellt das Rechtsgesetz auch positive Gebote auf. Etwas Weiteres kann nicht als Zwangspflicht gedacht werden. Denn theils beschränkt sich das Rechtsgesetz auf das Minimum von Pflichten, welche die Bedingung eines freien vernünftigen Beisammenlebens der Menschen sind; theils sind es auch nur diese Pflichten, welche ihrer Natur nach einen absoluten Zwang zulassen. Diesen Rechtspflichten oder s. g. Pflichten der Gerechtigkeit gegen Andere, stehen die Pflichten des Menschen gegen sich selbst, und die in der Regel nicht erkennbaren, und schon deßhalb nicht erzwingbaren Liebes- oder Gewissenspflichten — zwar nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, entgegen, aber doch zur Seite, indem das Rechtsgesetz nur das negative Urtheil ausspricht, daß sie nicht erzwungen werden können, aber, als Theil des Sittengesetzes, darauf zählt und zählen muß, daß sie von Jedermann aus freiem Antriebe erfüllt werden."

„Auch die Gebote, welche das Rechtsgesetz für das Verhältniß der Unterthanen zum Staate (das öffentliche Verhältniß) aufstellt, sind zunächst nur negative Gebote, welche aus dem gleichen Prinzipe, wie im Privatverhältniß, herfließen, nämlich aus dem Satze: die Rechte des Staats zu achten, d. h. dieselben mindestens nicht zu verletzen. Aber auch hier werden durch die

Verbindung oder das Genossenschaftsverhältniß, in welchem die Unterthanen zum Staate stehen, und durch den Zweck des letzteren, mannichfache positive Pflichten der Bürger begründet, die aber dem obigen Prinzipe zu Folge nur theilweise Zwangspflichten sind. Denn jeder Zwang thut der Herrschaft des Sittlichen einen gewissen Abbruch, so gewiß auch das Sittengesetz einen solchen da, wo er nothwendig ist, anerkennen muß, damit nicht das Unrecht zur äusseren Herrschaft unter den Menschen gelange. Damit ist aber auch hier, wie oben, nur das negative Urtheil ausgesprochen, daß der Staat gewisse Pflichten der Unterthanen gegen ihn selbst nicht erzwingen könne, nicht also, daß er auf sie nicht zähle, noch weniger, daß er sie nicht einmal verlange; vielmehr zählt er auf die Gewissenhaftigkeit der Unterthanen, daß sie dieselben, wenigstens regelmäßig, aus freiem Antriebe erfüllen werden. Ein Nichtverbieten pflichtwidriger Handlungen drückt daher keineswegs ein Erlauben oder Gestatten derselben aus. Denn überall steht dem Rechtsgesetze ergänzend das Sittengesetz zur Seite."

„Wie weit übrigens die Pflichten der Unterthanen gegen den Staat reichen, das hängt von der Verfassung und sonstigen Einrichtungen des Staats ab. Je freier ein Volk ist, um so mehr muß der Staat die Kräfte seiner Unterthanen in Anspruch nehmen; je unfreier in um so geringerem Maaße. In jenem Falle wird er das Viele wenig, in diesem das Wenige stets erzwingen müssen."

„Aber auch umgekehrt bestehen nach dem Rechtsgesetze Pflichten des Staats (der Staatsgewalt) gegen die Unterthanen, welche eben so heilig und unverletzlich sind, als jene. Sie sind theils negative Pflichten, in sofern der Staat verpflichtet ist, die Rechte seiner Unterthanen zu achten, d. h. mindestens nicht zu verletzen; theils positive Pflichten, in so weit dieselben durch die Idee oder den Zweck des Staats bestimmt werden. Diese Pflichten sind zwar auch Rechtspflichten oder Pflichten der Gerechtigkeit; sie unterscheiden sich aber von den, den Unterthanen gegen einander, und gegen den Staat obliegenden Rechtspflichten wesentlich dadurch, daß sie, obgleich dem Wesen oder dem Begriffe nach

Zwangspflichten, ihrer rechtlichen Wirkung nach keine solche sind, weil es keine zwingende Macht giebt, welche über die des Staats stände. Ersetzt werden kann dieß nur durch das Band eines besonderen moralischen Vertrauens, dem zu entsprechen, die Staatsgewalt eben deßhalb um so mehr verpflichtet ist. Denn verlangt sie strenge Pflichterfüllung von den Unterthanen, übt aber diese nicht selbst gegen sie aus, weil sie einen Zwang von den Unterthanen nicht zu besorgen braucht, so ist dieß kein Rechts-, sondern ein Gewaltstaat. Die wahre Gerechtigkeit der Staats-Regierung äussert sich mithin darin, daß sie in dem öffentlichen Verhältnisse, welches rechtlich betrachtet auf voller Wechselseitigkeit beruht, wo aber (der Wirkung nach) nur moralische Pflichten und Zwangspflichten einander gegenüber stehen, einen moralischen Zwang gegen sich selbst anwende, die ihr obliegenden Pflichten eben so gewissenhaft zu erfüllen, als die Pflichten der Unterthanen in keinerlei Weise zu mißbrauchen. Soll dagegen die Politik das Band des moralischen Vertrauens vertreten, so fehlt es einem solchen Staat (Polizeistaat) an allem haltbaren Boden, und Politik wird wieder durch Politik erwiedert."

„Das rechtliche Verhältniß, als ein wechselseitiges und gleiches gedacht, kann nach der Idee des Rechts nicht als ein bloß vorübergehendes, sondern muß als ein fortdauerndes, also mit andern Worten als ein rechtlicher Zustand gedacht werden. Denn sonst würde den Forderungen des Rechtsgesetzes nur theilweise Genüge geschehen."

„Hieraus folgt, daß so oft der rechtliche Zustand verletzt wird, die Statt gehabte Verletzung desselben wieder aufgehoben, oder das frühere rechtliche Verhältniß so weit wieder hergestellt werden muß, als eine Wiederherstellung desselben möglich ist. Das Mittel, durch welches allein, oder doch regelmäßig, dieß bewirkt werden kann, ist der Zwang. Ein Zwang kann zwar ohne Verletzung der Rechte dessen, gegen den er gerichtet ist, nicht gedacht werden, enthält mithin ein, der Art und dem Grade nach verschiedenes Uebel. Da aber das Rechtsgesetz ihn um der Wiederherstellung des rechtlichen Verhältnisses willen gebietet, so ist er

nur der Form nach Verletzung, dem Prinzipe nach hingegen eine rechtliche (und moralische) Pflicht."

„Die Pflicht des Staats, zur Wiederherstellung des rechtlichen Verhältnisses Zwang gegen den Verletzer anzuwenden, schließt nothwendig auch das Recht desselben zur Anwendung solcher Zwangsmittel in sich, kann deßhalb auch mit dem Namen eines Zwangsrechts des Staats bezeichnet werden. Denn, wozu Jemand, es sey ein Einzelner oder der Staat, verpflichtet ist, dazu muß er nothwendig auch berechtigt seyn. Insofern drückt das Merkmal Recht in dem Begriffe Zwangsrecht nichts Facultatives, d. h. keine bloße Ermächtigung oder Befugniß des Staats, sondern zunächst etwas Präceptives — ein Gebot — aus, wie bei jedem Rechte der Fall ist, welches zu seiner Quelle eine Pflicht hat; es ist mithin Recht und Pflicht des Staats zugleich."

„Jedes Recht, also auch das Zwangsrecht des Staats, ist nothwendig endlich und begränzt, weil das Begründete nicht weiter reichen kann, als sein Grund. Der (rechtliche) Grund des Zwangsrechts drückt aber mit andern Worten den Verpflichtungsgrund desselben, d. h. die Pflicht zur Wiederherstellung des verletzten rechtlichen Verhältnisses aus, mithin darf sich der Zwang, wenn er als rechtlicher Zwang gedacht werden soll, über diese Gränze hinaus nicht erstrecken, wird also der Art und dem Grade nach mit Nothwendigkeit durch die Beschaffenheit der Verletzung des rechtlichen Verhältnisses bestimmt. Geht der Staat willkürlich über diese rechtliche Gränze hinaus, so macht er sich, indem er das Unrecht aufheben will, nicht nur zum Mitschuldigen des Unrechts, sondern er vernichtet auch das Band des moralischen Vertrauens, auf welchem das rechtliche Verhältniß der Unterthanen zu ihm beruht. Jeder Zwang des Staats über die Gränze des Rechts hinaus, ist daher Gewaltmißbrauch."

„Verletzungen des Rechtsgesetzes, oder des auf demselben beruhenden rechtlichen Verhältnisses, können nun aber in sehr verschiedener Weise gedacht werden. Um diese zu erkennen, muß man das Uebel des Unrechts in seinem naturgemäßen Gange und weiteren Fortschritt unter den mannichfachsten Formen und Gestaltungen verfolgen, indem es zur eigenthümlichen Natur des

Bösen gehört, daß es sich über das selbstgesteckte Ziel hinaus in weiteren und immer weiteren Kreisen verbreitet, und so lange fortdauert und wirkt, bis es wirksam unterdrückt ist, ja selbst nach seiner Unterdrückung noch nachhaltig seyn kann."

„Was zunächst das Privatverhältniß, dieses fruchtbarste Gebiet von Verletzungen des Rechtsgesetzes, betrifft, so erscheinen hier zwar die Verletzungen zunächst und unmittelbar nur als Beeinträchtigungen der Rechte eines bestimmten Individuums. Allein vermöge der mannichfachen Verbindungen, in welchen die Menschen mit einander stehen (und dazu hat die göttliche Weisheit den Grund in den Menschen selbst gelegt, damit er sich in sittlicher und intellektueller Hinsicht möglichst vervollkommne) kann nach Beschaffenheit der Verletzung, letztere sich leicht und unvermeidlich auch auf andere Individuen mit erstrecken (diese mittelbar verletzen). Ist z. B. der Getödtete oder Verwundete, oder der widerrechtlich seines Vermögens Beraubte ꝛc. Ehegatte, oder Familienvater, oder steht er in inniger Freundschaftsverbindung mit Andern, oder ist er ein Wohlthäter der Bedrängten, oder ein um seine Amtsuntergebenen verdienter öffentlicher Diener: so kann die ihm zugefügte Verletzung mittelbar alle jene Personen eben so schwer, unter Umständen selbst schwerer treffen, als ihn selbst. Ferner kann die Verletzung für ihn eine Quelle sehr schwerer Folgeleiden und Entbehrungen werden, welche sich vielleicht auf seine ganze Zukunft erstrecken, wie z. B. wenn die Verletzung von der Art ist, daß sie ihm die Ausübung seines, oder eines zu erwählenden Nahrungsberufs, seines Amtes ꝛc., unmöglich macht, oder doch ungewöhnlich erschwert. Endlich kann die Verletzung auch von der Beschaffenheit seyn, daß durch sie (durch Eine Handlung) unmittelbar — also zugleich — eine Mehrheit von Individuen getroffen wird, entweder in der Weise, daß Jeden die Verletzung ganz, oder Jeden nur verhältnißmäßig trifft."

„Aber nicht nur Individuen können durch die einem Andern zugefügte Verletzung mit getroffen werden, sondern auch der Staat selbst, da er nur durch die Unverletzlichkeit seiner Glieder gedeihen kann, wie umgekehrt das wahre Gedeihen dieser durch die Unverletzlichkeit des Staats bedingt ist. Dieses innige,

wechselseitige Verhältniß, in welchem Staat und Unterthanen zu einander stehen, kann, wie bei Familien- und andern Verbindungen, eine weitere Art des Schadens erzeugen, d. h. je nach Beschaffenheit der Verletzung können die Unterthanen durch die dem Staat, und umgekehrt der Staat durch die einem oder mehreren seiner Glieder zugefügten Verletzungen mit getroffen werden. In dem einen, wie in dem andern Falle kann der Schaden so gut ein äusserer (materialer), wie ein moralischer (geistiger) Schaden seyn. Wird z. B. der Staat durch innere oder äussere Feinde seiner Selbstständigkeit, oder eines Theils seiner Gewalt beraubt, so leiden mittelbar und äusserlich auch die Unterthanen darunter; und umgekehrt entsteht für den Staat ein mittelbarer, äusserer (materialer) Schaden, wenn er durch Tödtung oder andere schwere Verletzungen, der Kräfte eines oder mehrerer Unterthanen, vielleicht des trefflichen Bürgers oder brauchbarsten Dieners, beraubt wird, was in steigender Progression zunimmt je öfter dieß geschieht. Wie es sich daher mit der Gesundheit des Leibes verhält, daß, wenn ein Glied verletzt wird, nach Beschaffenheit der Verletzung auch die übrigen Glieder mit leiden, eben so verhält es sich mit der Gesundheit (Integrität) des Staats und seiner Glieder. Mit den Gliedern leidet häufig das Haupt, und umgekehrt mit dem Haupte die Glieder."

„Mit dem äusseren (materialen) Schaden, welcher je nach Beschaffenheit der Verletzung aus der Uebertretung des Rechtsgesetzes in verschiedener Weise, dem Umfang und der Form nach (mittelbar und unmittelbar), entspringen kann, und sich zwischen dem Staat und seinen Gliedern verzweigt, ist aber nur die Eine Seite, nämlich das physische Uebel der Verletzung des rechtlichen Verhältnisses, erschöpft. An dieses knüpft sich regelmäßig ein zweites Hauptübel, welches der moralische Schaden, oder das moralische Uebel des verletzten Rechtsverhältnisses genannt werden kann. Auch dieses kann, wie jenes, in verschiedener Weise, sowohl dem Umfange als der Form nach hervortreten, weil es von den Umständen und deren Beschaffenheit abhängt, wie weit, und in welcher Weise sich der moralische Fortschritt des Bösen erstreckt."

„Nach der Idee des Rechtsgesetzes, welches ein fortwähren-

des Gestimmtseyn für das Recht und gegen das Unrecht verlangt, kann schon die rechtswidrige Gesinnung, als Quelle einer Verletzung, von der Beschaffenheit seyn, daß sie den Character eines wahren moralischen Uebels annimmt, weil sie das Rechtsgesetz in seiner Wurzel zerstört, und zugleich, wenn auch nicht nothwendig, doch häufig die Quelle weiterer Uebertretungen werden kann, besonders wenn die Verhältnisse, unter welchen die Uebertretung geschah, fortdauern, oder der Thäter unentdeckt bleibt, oder seine Schuld nicht erwiesen werden kann. Eine rechtswidrige Willensstimmung, welche bereits die Quelle einer oder mehrerer Verletzungen geworden ist, und die Besorgniß vor neuen Uebertretungen erzeugt, schwächt, wenn auch nur vorübergehend, das moralische Vertrauen des Staats und seiner Glieder zu dem Uebertreter, kann daher mit Grund ein moralisches Uebel genannt werden. Denn das rechtliche Verhältniß der Menschen zu einander und zum Staate, wie dieses zu seinen Gliedern, beruht nicht auf dem Zwange, den das Rechtsgesetz mit sich führt, indem dieser nur — und zwar unvollkommen — das Zerstörte oder Vernichtete wieder herstellen kann, sondern zunächst auf Treu und Glauben, welche durch die Art und die Umstände, unter welchen die Verletzung geschah, einen mehr oder minder schweren Abbruch erleiden können."

„Ferner ist es eben so sehr in der menschlichen Natur, als in der Erfahrung gegründet, daß böses Beispiel häufig ansteckend auf Andere wirkt. Trifft dieß zu, so kann die dadurch in Andern bewirkte Vernichtung der Herrschaft des Rechtsgesetzes als ein weiteres moralisches Uebel der Verletzung, oder als ein Fortschreiten und Umsichgreifen des bösen Prinzips betrachtet werden."

„Ferner können Verletzungen des rechtlichen Verhältnisses eine Lähmung der freien Wirksamkeit der Bürger, die nur unter der Herrschaft des Rechts gedeihen kann, zur Folge haben, ja möglicherweise dieselbe völlig vernichten. Der Gedanke, was Einem, oder Mehreren, oder Vielen widerfahren sey, könne leicht auch jedem andern Mitbürger, sey es durch denselben, oder, vermöge der ansteckenden Macht des Bösen, durch andere Uebertreter widerfahren, ist eine eben so nahe liegende als gewöhnliche

Betrachtungsweise, welche darauf gegründet ist, daß ohne rechtliche Gesinnung und moralisches Vertrauen keine rechtliche Sicherheit, kein Frieden unter den Menschen gedeihen kann. Die daraus in kleineren oder größeren Kreisen entspringende Besorgniß kann nach Umständen in Furcht und Schrecken, ja (wie z. B. bei, über den ganzen Staat verzweigten Räuber- und Mörderbanden) in ein allgemeines Entsetzen übergehen, und dadurch die freie Wirksamkeit der Unterthanen untergraben."

„Dieses moralische Uebel kann wiederum die Quelle eines weiteren moralischen Uebels werden, sofern das bei den Unterthanen geschwächte oder vernichtete Vertrauen zu der Heiligkeit des Rechts, auch die Wirksamkeit der Staatsgewalt lähmen, ja deren Existenz gefährden kann. Denn wie viele Staaten sind nicht dadurch allein ihrer inneren Auflösung entgegen gegangen, daß sie zu schwach waren, die gefährdete Herrschaft des Rechts zu sichern, oder wohl gar an der allgemeinen Vernichtung desselben Theil nahmen."

„Damit ist freilich der moralische Schaden, welcher aus Verletzungen des rechtlichen Verhältnisses entspringen kann, nur in allgemeinen Umrissen gegeben. Allein eine Erschöpfung desselben im Einzelnen wäre unmöglich. Denn theils hängt es von der Beschaffenheit des Bösen an sich ab, in welchen — engeren oder weiteren — Kreisen es sich von seinem Centrum aus verbreitet; theils von den besonderen inneren und äusseren Zuständen des Staats, überhaupt von empirisch gegebenen Umständen und Verhältnissen; endlich auch von den Mitteln der Unterdrückung seines Bestehens und Fortschreitens. In Folge dessen kann der moralische Schaden der Verletzung in verschiedenem Umfange und mannichfach wechselnder Gestaltung hervortreten. Je fester und geordneter aber im Allgemeinen der Zustand des Staats ist, um so geringeren, je schwächer derselbe, um so größeren Fortschritt wird das moralische Uebel des Unrechts machen."

„Der moralische Schaden, welcher aus der Verletzung des rechtlichen Verhältnisses entspringt, wird Verletzung der rechtlichen oder moralischen Ordnung des Staats, oder, was dasselbe

ausdrückt, des Rechtszustandes, des Rechtsfriedens, genannt. Denn die Ordnung des Staats beruht auf der Heilighaltung des Rechts."

„Das Rechtsgesetz, indem es die Wiederaufhebung des durch seine freie Uebertretung bewirkten Schadens (die Wiederherstellung des Zustandes der Unverletzlichkeit) gebietet, kann sich, ohne sich zu widersprechen, mit einer bloß theilweisen Wiederaufhebung desselben nicht begnügen, muß daher verlangen, daß der ganze Schaden, so wie er durch die Uebertretung bewirkt ist, vollständig wieder aufgehoben oder getilgt werde, so weit eine Tilgung desselben physisch und moralisch möglich ist. Wenn daher zu diesem Behuf bloße Entschädigung, d. h. Wiedererstattung nach dem Tauschwerthe, nicht ausreicht, so muß sich das Rechtsgesetz nach andern Tilgungsmitteln umsehen."

„In dieser Beziehung läßt sich kein anderer Grundsatz aufstellen als der, daß Schadensersatz da nicht ausreicht, wo 1) die freie Uebertretung des Rechtsgesetzes, ausser dem materialen, einen erkennbaren moralischen Schaden zur Folge hat, oder wo 2) der Schaden, der durch die Uebertretung bewirkt wird, nur ein Schaden der letzteren Art ist. Denn das Rechtsgesetz, indem es die Herstellung und Erhaltung einer moralischen und rechtlichen Ordnung des Staats gebietet, kann nicht bloß Rechtsverletzungen im engeren Sinne, sondern muß überhaupt alle Handlungen untersagen, welche, auch ohne Verletzung individueller Rechte, einen erkennbaren moralischen Nachtheil auf die Ordnung des (auf dem Sittengesetze beruhenden) Staats ausüben; aber auch nicht weiter als dieß der Fall ist, um nicht das ganze Gebiet der Immoralität, des Lasters und der Sünde in das bürgerliche Strafrecht hineinzuziehen, und dadurch in den Richterstuhl des eignen Gewissens und die göttliche Vergeltung einzugreifen. Alle Handlungen, die das Rechtsgesetz untersagt, sind rechtswidrige Handlungen, können aber auch, als Verletzungen des Rechtsgesetzes, Rechtsverletzungen im weiteren Sinne genannt werden; oder man kann jene rechtswidrigen Handlungen Rechtsverletzungen im engeren, diese Rechtsverletzungen im weiteren Sinne nennen."

„Rechtsverletzungen der letzteren Art, so wie diejenigen Rechtsverletzungen im engeren Sinne, welche vermöge ihrer na-

türlichen Beschaffenheit einen Schaden anstiften, welcher über das unmittelbar verletzte Subject — es sey eine Privatperson, oder der Staat — hinaus, mittelbar auch andere Individuen (bestimmte, oder eine unbestimmbare Zahl derselben), und jedenfalls mittelbar den Staat treffen, kann man mit Rücksicht auf den Schaden, den sie dem gemeinen Wesen — Staat und Unterthanen — bereiten, gemeinschädliche Handlungen nennen. Den Gegensatz bilden diejenigen Rechtsverletzungen im engeren Sinne, welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach sich regelmäßig nicht weiter auf Andere erstrecken, also dadurch, daß sie sich innerhalb ihrer Gränze halten, nicht zu einem moralischen Uebel, zu einem gemeinen Schaden, werden."

„Jene Rechtsverletzungen, die gemeinschädlichen Handlungen, bezeichnet der gemeine Sprachgebrauch mit dem Namen Verbrechen im weiteren Sinne — ein Brechen des Rechtszustandes (Verbrechen und Vergehen), diese nennt er das bürgerliche oder civile Unrecht."

„Die Gränze zwischen beiden wird mithin durch die Natur der Verletzung oder deren Beschaffenheit bestimmt. Bringt sie vermöge dieser ein moralisches Uebel hervor, so ist sie Verbrechen; liegt dieß aber nicht in ihrer Natur, so ist sie nur bürgerliches Unrecht."

„Ihrem Wesen, oder ihrer natürlichen Beschaffenheit nach wäre dem zu Folge eine Rechtsverletzung (im engeren Sinne) nur bürgerliches Unrecht, nicht Verbrechen, wenn sie: 1) gegen ein ersetzbares Gut gerichtet ist, und zugleich 2) dem Verletzten eine vollständige Tilgung des ihm verursachten (materialen) Schadens garantirt. Denn dann läßt die Verletzung keinen, über seine Person hinaus reichenden Schaden besorgen, und ein größerer Zwang als zur Abwendung des wirklich gestifteten Schadens nöthig ist, darf nach dem Rechtsgesetze nicht angewendet werden. Hieraus folgt dann weiter, daß mehr als ein bürgerliches Unrecht, also ein Verbrechen oder Vergehen vorliegt, wenn die Verletzung: 1) entweder unersetzliche Rechtsgüter zum Gegenstande hat, oder zwar 2) ersetzliche, aber dieselbe ihrer Beschaffenheit nach dem Verletzten jede Garantie einer vollständigen, oder auch nur

theilweisen Vergütung des angestifteten Schadens entzieht; oder aber 3) wenn die Verletzung ihrem Wesen nach nur einen moralischen (ohne einen materialen) Schaden erzeugt. Hier muß zu dem Schadensersatze, welcher in den letzteren Fällen nicht möglich ist, und in jenem zur Tilgung der Schuld nicht ausreicht, noch ein weiteres Tilgungsmittel hinzukommen, welches mit Rücksicht auf die dadurch bewirkte Verletzung des öffentlichen Rechtsfriedens nur ein öffentliches Zwangsmittel seyn kann, und bürgerliche Strafe genannt wird, weil sie von der bürgerlichen Gesellschaft verhängt wird."

„Ist es diesemnach die allgemeine Natur der Verletzung, welche die Gränze zwischen dem civilen Unrecht und dem Verbrechen bestimmt, so muß es bei dieser Gränze verbleiben, wenn auch in einzelnen Fällen die Gründe, worauf dieselbe beruht, nicht zutreffen sollten. Denn bloße Ausnahmen sind nicht geeignet, die Regel aufzuheben, oder das Prinzip als unwahr darzustellen. So z. B. läßt es sich denken, daß bei einem Civilunrecht der verletzte Contrahent wegen Vermögenslosigkeit des unterliegenden Theils ohne Ersatz bleibt; und umgekehrt können Verbrechen gedacht werden, welche durch den allgemeinen Abscheu, den sie erregen, in der Weise zur Befestigung des Rechtsgesetzes in dem allgemeinen Bewußtseyn dienen, daß dadurch der in andern Richtungen angestiftete moralische Schaden vollständig aufgewogen wird. Eben so lassen sich Diebstähle, Betrügereien, Fälschungen ꝛc. denken, welche bei der zufälligen Vermöglichkeit des Thäters (denn es giebt auch vornehme Diebe und Betrüger), den Verletzten hinsichtlich der Vergütung des Schadens vollkommen sicher stellen. Allein, sollen hier nicht zufällige Umstände oder gar Privilegien die Gränze zwischen dem Gebiete des Civil- und des Strafrechts bestimmen, so kann weder in jenen Fällen das civile Unrecht zum Verbrechen, noch in diesen das Verbrechen zum civilen Unrecht werden."

„Allerdings wird zu der einen, wie der andern Art der Uebertretung dem Begriffe nach ein rechtswidriger Wille vorausgesetzt; allein die Beschaffenheit oder Richtung dieses Willens kann, wenn nicht hier, wie oben, bloße Zufälligkeiten entscheiden sollen, nicht als gränzbestimmend gedacht werden. Wer z. B. ein, nach der

Beschaffenheit der Handlung (an sich) nur civiles Unrecht aus Rache, Bosheit, Schadenfreude, oder in der bestimmten Absicht keinen Ersatz zu leisten, verübt, wird dadurch eben so wenig zum Verbrecher, als umgekehrt von demjenigen, welcher eine an sich verbrecherische Handlung, z. B. einen Diebstahl oder eine Unterschlagung, in der Absicht künftiger freiwilliger Ersatzleistung verübt, behauptet werden kann, daß er nur ein civiles Unrecht verschuldet habe."

§. 114.

„So bestimmt sich aber auch dem Prinzipe nach die Gränze zwischen beiden Arten der Uebertretungen ziehen läßt, so zweifelhaft kann die Anwendung dieses Prinzips auf einzelne Fälle werden. Entweder nämlich können civiles Unrecht und Verbrechen (Vergehen) auf der einen, und Rechtsverletzungen im weiteren Sinne und Immoralität auf der andern Seite so nahe an einander gränzen, daß sie in allmähliger Stufenfolge gleichsam in einander übergehen; oder es kann eine Handlung, ihrer unverkennbaren verbrecherischen Qualität ungeachtet, besondere Gründe darbieten, aus welchen dieselbe zunächst nur als Privatverletzung aufgefaßt werden kann, wodurch sie zwar dem civilen Unrecht sich nähert, dennoch aber dem Begriffe nach davon verschieden ist, weil die unzweifelhaften Merkmale des Verbrechens, welche sie an sich trägt, jenen besonderen Rücksichten nicht durchaus zum Opfer gebracht werden können."

„Diese Fälle bilden eine Mittelstufe zwischen denjenigen Verletzungen, welche nach dem obigen Prinzipe nur des Schadensersatzes, und denjenigen, welche unter allen Umständen eines weiteren Tilgungsmittels bedürfen, nämlich einer öffentlichen Strafe. In welcher Weise können und sollen sie nun aber behandelt werden?"

„Daß bei dem civilen Unrecht, wo der Schaden sich lediglich auf bestimmte Individuen beschränkt, ohne über diese hinaus als moralischer Schaden (als Verletzung des Rechtsfriedens) zu wirken, und wo es sich zugleich nur von dem Mein und Dein, also von veräusserlichen, eben daher auch verzichtbaren Rechten handelt — daß bei diesen Verletzungen der Staat stets eine Klage des Verletzten abzuwarten habe, ist nach Rechtsgrundsätzen eine

eben so unbestreitbare Thesis, wie es umgekehrt bei Verbrechen und Vergehen, als gemeinschädlichen Handlungen, Pflicht des Staats ist, für andere und zwar wirksamere Mittel zur Wiederherstellung des verletzten Rechtszustandes zu sorgen. Dieß läßt sich auf verschiedene Weise denken. Entweder legt der Staat jedem Bürger die Pflicht auf, im öffentlichen Interesse klagend gegen den Verbrecher aufzutreten (Privat-Anklageproceß); oder er bestellt als Ankläger bestimmte öffentliche Diener — Fiskale, Staatsanwälte — (öffentlicher oder Staats-Anklageproceß); oder er läßt, ohne eine förmliche Anklage, gegen Verbrecher von Richter-Amtswegen einschreiten, und die richteramtlich begonnene Untersuchung von Richter-Amtswegen bis zu Ende führen, und wiederum von Richter-Amtswegen darüber entscheiden (Inquisitions-Proceß). Zweck der einen, wie der andern Form ist, die Bestrafung des Verbrechers von dem Privatwillen des Verletzten unabhängig zu machen, weil es sich hier nicht von einer bloßen Wiederherstellung des individuellen, sondern des allgemeinen Rechtszustandes handelt."

„Diese Regel bedarf jedoch mit Rücksicht auf die vorerwähnten Mittelfälle einer gewissen Beschränkung, und zwar in folgender Weise."

„Erstlich: schwankt bei einer pflichtwidrigen Handlung die Gränze zwischen bloßer Immoralität und Rechtsverletzung im weiteren Sinne, so kann der betreffenden Handlung ein strafwürdiger Character nur in soweit beigelegt werden, als durch sie ein erkennbarer moralischer Schaden angestiftet wird; so weit dieß mithin nicht der Fall ist, kann sie der bürgerlichen Strafgerechtigkeit nicht unterworfen werden. In diesem Sinne fügen auch die neueren Gesetzgebungen z. B. bei der Blasphemie, der widernatürlichen Unzucht, der Thierquälerei ꝛc. die richtige Beschränkung hinzu: „sofern durch sie ein öffentliches Aergerniß gegeben wird", wozu also vorausgesetzt wird, daß sie zur Kenntniß des Publikums gelangen. Denn insgeheim verübt, sind sie Sünden, und erst wenn ihre geheime Verübung in steigender Progression zunehmen, und dadurch dem Staat einen wirklichen moralischen Schaden bereiten sollte, müßte es bis zur Vertilgung

dieser verderblichen Richtung anders gehalten werden. Im Uebrigen sollte für die Abrügung solcher Handlungen, als Sünden, der Kirche ihre frühere, gegenwärtig in den Händen des Polizeistaats befindliche Strafgewalt wiedergegeben werden."

„Zweitens: bei denjenigen Verletzungen, wo die Gränze zwischen dem civilen Unrecht und dem Verbrechen schwankend ist, bietet sich nach Rechtsgrundsätzen der Ausweg dar, daß sie, je nach ihrer Beschaffenheit, entweder hinsichtlich der Strafe, oder hinsichtlich der Art ihrer Verfolgung mehr nach den Grundsätzen des civilen Unrechts, als des Verbrechens beurtheilt werden."

„Der erste Fall, daß gewisse Verletzungen hinsichtlich der Strafe mehr nach Analogie des civilen Unrechts zu beurtheilen seyen, drückt mit andern Worten den Satz aus: es giebt Verletzungen, bei welchen zwar Schadensersatz nicht genügt, aber auch keine öffentliche Strafe geboten ist, so daß also zur gerechten Tilgung derselben nur Privatstrafen übrig bleiben. In diese Kategorie gehören z. B. einfache Betrügereien und Fälschungen, besonders im Privatverkehr, Unterschlagungen, widerrechtliche Sachbeschädigungen ꝛc. Das Vorurtheil, welches man namentlich in Deutschland gegen alle Privatstrafen hegt, setzt den Gesetzgeber in die traurige Verlegenheit, für solche Vergehen entweder Freibriefe auszustellen, oder sie, selbst in dem geringsten Betrage, mit öffentlicher Strafe zu belegen — eine Alternative, welche die Römer und Engländer, beide durchaus practische Nationen, glücklich zu vermeiden wußten. Der Haupteinwand, daß solche Strafen bei Unvermöglichen wirkungslos seyen, trifft auch die Ersatzpflicht, und die überall üblichen, fast zahllosen polizeilichen Geldstrafen."

„Der zweite Fall, daß gewisse Verletzungen, wenn gleich dem Begriffe nach Verbrechen, hinsichtlich des Verfahrens nach Analogie des civilen Unrechts zu beurtheilen seyen, drückt mit andern Worten den Satz aus: es giebt gewisse Verbrechen, welche — im accusatorischen wie im inquisitorischen Processe — nur auf Klage des Verletzten untersucht und bestraft werden sollen, weil hier besonders dringende Privatinteressen zu berücksichtigen sind, gegen welche das öffentliche Interesse, wenn auch nicht absolut,

doch in dem angegebenen Maaße zurücktreten muß. Zu diesen nur auf Klage zu bestrafenden Verbrechen gehören diejenigen, deren amtliche Verfolgung besonders nachtheilige Folgen für die Ehre, das künftige Fortkommen, oder das Familienglück des Verletzten besorgen läßt, und dadurch den Verletzten der Gefahr eines zweiten, oft weit empfindlicheren Uebels aussetzt, als dasjenige ist, welches er bereits durch das Verbrechen erlitten hat. Dieß ist z. B. bei dem Ehebruch, der Entführung, der Nothzucht, der Eigenthumsbeeinträchtigung unter Familiengenossen ꝛc. der Fall. Wird aber in diesen Fällen auf Bestrafung geklagt, so erklärt der Verletzte damit entweder, daß er jene nachtheiligen Folgen nicht scheue, oder daß sie, als bereits von selbst eingetreten, nicht mehr zu vermeiden seyen, und dann muß das Verbrechen, wie jedes andere, mit einer öffentlichen (nicht bloß Privat-) Strafe belegt werden."

„Allerdings kann der Verzicht auf das Klagrecht zur Förderung des Eigennutzes mißbraucht, ja die Quelle neuer Verbrechen, z. B. von Erpressungen, werden. Allein diese Uebel müßten erst zu einem allgemeinen, Recht und Sittlichkeit verderbenden, moralischen Uebel heranwachsen, wenn sie die Aufhebung jener, durch die besonderen Verhältnisse gebotenen Beschränkung rechtfertigen sollten; eine Voraussetzung, die aber bei der verhältnißmäßig geringen Zahl jener Uebertretungen nicht leicht zutreffen wird. Träfe sie indeß zu, so müßten jene Privatinteressen, zumal sie sich dann als bloß scheinbare Rücksichten darstellen, gegen das öffentliche Interesse zurücktreten."

„Bei andern, gleichfalls gegen unersetzliche Rechtsgüter gerichteten Verletzungen führt die Analogie des civilen Unrechts noch weiter, nämlich zu einer Verbindung der Klage (des nicht-amtlichen Verfahrens) mit einer Privatstrafe, weil hier das Gewicht sich mehr auf die Seite des verletzten Privatinteresses als des Gesammtwohls hinneigt, wodurch die Strafe mehr den Character eines Privat-, als eines öffentlichen Sühnemittels erhält. Von jeder Strafe kann man freilich sagen, daß sie, correspondirend dem nach zwei Seiten verletzenden Verbrechen, zugleich ein Privat- und ein öffentliches Buß- oder Sühnemittel ist. Allein es läßt sich hier doch ein

Uebergewicht der einen, wie der andern Seite denken, woraus verschiedene rechtliche Folgen entspringen."

„Ist nämlich das Uebergewicht auf Seiten der öffentlichen Sühne, und dieß ist der Fall, wenn das Verbrechen seiner Beschaffenheit nach ein wahres moralisches Uebel verbreitet, und keine besonderen Privatinteressen bestehen, welche eine Modificirung seines Prinzips bewirken: so kann, wenn gleich die öffentliche Strafe zugleich den Character einer Privatsühne hat, die bloße Verzeihung oder Vergebung des Verletzten, oder seiner Angehörigen, den Staat an der Ausübung der im öffentlichen Interesse gebotenen Strafe nicht hindern. Denn das Verbrechen, oder der durch dasselbe gestiftete Schaden soll nach dem Rechtsgesetze vollständig getilgt werden; hier aber wäre derselbe nur dem kleinsten Theile nach getilgt. Aber eben deshalb, weil er durch die Vergebung des Verletzten jedenfalls zu einem, wenn auch nur geringen Theile getilgt ist, hat der Richter bei der Ausmessung der, hier nur noch als öffentliche Sühne in Betracht kommenden Strafe, jenes Moment gehörig zu berücksichtigen."

„Neigt sich dagegen das Uebergewicht mehr auf die Seite der Privatsühne, und dieß ist der Fall, wenn das Verbrechen (oder Vergehen) vorzugsweise das Privatinteresse, und mehr entfernt das öffentliche Wohl betrifft: so verhält es sich nicht bloß in der vorgedachten Beziehung anders, sondern dann reicht zur Tilgung des Unrechts auch schon eine Privatstrafe hin. Nur darf man diese dem Verletzten nicht gerade aufdringen (denn immerhin ist das Object der Verletzung ein unersetzliches Gut), sondern muß ihm die Wahl zwischen einer Privat- oder (für den Fall, daß er diese vorziehen sollte) öffentlichen Strafe lassen. So bei den Ehrenkränkungen und Verläumdungen."

„Aus diesen Sätzen ergiebt sich, daß civiles Unrecht und Verbrechen und Vergehen nicht so durchaus in schroffem Gegensatze einander gegenüber stehen, als nach dem obigen Prinzipe angenommen werden könnte, sondern daß sie sich vielmehr, und zwar nicht bloß an ihren äussersten Gränzen, mannigfach berühren, ja wechselseitig ihren Character austauschen können. Denn so z. B. läßt es sich denken, daß gewisse Handlungen, die nur durch

ihre häufige Verübung für den Staat zu einem moralischen Uebel wurden, und deßhalb mit Strafe belegt werden mußten, nach und nach diesen gefährlichen Character verlieren; und umgekehrt, daß Verletzungen, welche an sich nur civiles Unrecht sind, unter Umständen einen andern Character annehmen können, wie z. B. wenn Treulosigkeit in Verträgen zu einer allgemeinen Maxime unter den Contrahenten werden sollte. Denn damit wären nicht nur Treu und Glauben, worauf aller Privatverkehr beruht, vernichtet, sondern dieses moralische Uebel würde noch unendlich weiter greifen."

„Mit andern Worten drückt dieß den Satz aus: die Gränze zwischen dem civilen Unrecht und den Verbrechen und Vergehen ist vom Standpuncte des Rechtsgesetzes keine unwandelbare, sondern eine wandelbare."

§. 115.

Nach der bisherigen Ausführung stehen zwei Hauptsätze fest. Der erste: daß Schadensersatz und Strafe auf demselben rechtlichen Fundamente (rechtlichen Verpflichtungsgrunde) beruhen, nämlich auf der Pflicht, den durch die Verletzung angestifteten physischen und moralischen Schaden wieder aufzuheben (zu tilgen, zu sühnen), so weit überhaupt ein moralisches Uebel durch physische Mittel (bürgerliche Strafe) getilgt werden kann. Denn weiter reicht das Rechtsgesetz in seiner Anwendung auf menschliche Verhältnisse durch Menschen, also mit andern Worten die menschliche Gerechtigkeit, nicht. Verwirft man dagegen diese Deduction, so ist man genöthigt, der Strafe und dem Schadensersatz, obgleich sie rechtlich nothwendige Folgen derselben Verletzung (nämlich eines Verbrechens) seyn können, je ein verschiedenes rechtliches Fundament unterzulegen. Allein, ist die Verletzung Eine, so müssen auch die rechtlichen Folgen derselben nothwendig auf Einem Grunde beruhen. So wie daher der Schadensersatz darum, und lediglich darum begründet ist, weil der Uebertreter einen äusseren (materialen) Schaden angestiftet hat, so kann eben derselbe Uebertreter auch nur darum, und lediglich darum bestraft werden, weil er ausser jenem Schaden noch einen wei-

teren Schaden, nämlich einen moralischen, angestiftet hat. Er wird mithin gestraft: **quia peccavit, nicht ne peccet.**"

„Mit der Bestrafung des Schuldigen wegen des von ihm verübten Verbrechens (vorbehältlich der Entschädigung), ist es indeß nicht nur vereinbar, sondern es versteht sich vermöge der Pflichten des Staats von selbst, daß letzterer die nöthigen, allgemeinen und besonderen, Vorkehrungen treffe, um so viel wie möglich Verbrechen überhaupt zu verhüten, und begonnene in ihrem Entstehen zu unterdrücken (**ne peccetur**). Allein, so gewiß diese Sicherungsmaßregeln, in Verbindung mit der Civil- und der Strafgerechtigkeit, zur Begründung und Erhaltung des rechtlichen Zustandes dienen, so sind sie doch ihrer Natur nach nur Acte der legislativen Klugheit, nicht der Gerechtigkeit. Auch setzt ihnen das Recht, dem Alles im Staat unterworfen ist, gewisse Schranken, nämlich dahin, daß solche Präventiv- oder Vorbeugungsmittel weder an sich rechtswidrig seyn, noch die Natur von Strafen annehmen, noch gleichsam in dieselben übergehen dürfen, weil Acte der Polizei- und der Strafgewalt dem Grunde und dem Zwecke nach wesentlich verschieden sind. Auch die Strafgewalt, welche der Polizei zum Zwecke der Verhütung von Verbrechen (als sogenannter Criminalpolizei) zusteht, ist von der eigentlichen Straf- oder Criminalgewalt wesentlich verschieden, indem sie nur zur Sicherung des Präventivrechts (oder vielmehr der Präventivpflicht) dient. Strafen, welche die Polizei zu diesem Zwecke verhängt, haben daher ihren Grund nicht in einem Unrecht (einer Verletzung des Rechtsgesetzes) welches durch sie getilgt oder gesühnt werden soll, sondern lediglich in dem Ungehorsam. Jede Erweiterung der Strafgewalt der Polizei über diese Gränze hinaus, namentlich durch Zuweisung geringfügiger Rechtsverletzungen, z. B. Diebstähle, Betrügereien ꝛc., an dieselbe, ist eben so willkürlich als zweckwidrig."

„Der zweite, durch die bisherige Deduction gewonnene Hauptsatz bestimmt den Umfang des Strafgebiets, oder die Gränze zwischen dem civilen Unrecht und den Verbrechen (und Vergehen). Haben Schadensersatz und Strafe das gleiche rechtliche Fundament, nämlich Wiederherstellung des aufgehobenen Zustandes der

Unverletzlichkeit, so kann nur die Beschaffenheit der verletzenden Handlung — nicht gerade Rechtsverletzung im engeren Sinne — darüber entscheiden, welche in jene, welche in diese Kategorie gehören. Selbst diejenigen Rechtsphilosophen, welche diese Gränze durch die Beschaffenheit der rechtswidrigen Gesinnung bestimmen, müssen sich, da die Gesinnung als etwas Inneres nie unmittelbar, sondern nur mittelbar erkannt werden kann, der Beschaffenheit der Handlung als eines unentbehrlichen Mediums bedienen, und bekennen sich damit (wie Grolman, Stelzer und Andere) zu der gleichen Ansicht, nur nicht geradezu, sondern durch einen Umweg."

§. 116.

„Ist es diesemnach die Beschaffenheit der Verletzung, d. h. nach dem Obigen die Gemeinschädlichkeit der Handlung, welche den Umfang des Strafgebiets bestimmt (und diese drückt nicht bloß die objective, sondern zugleich die subjective Seite der That aus, weil Rechtsübertretungen immer nur als freie Uebertretungen gedacht werden können): so kann, da nach Regeln der Logik alle Grundsätze des Strafrechts nur Folgesätze des (rechtlichen) Grundes der Strafe sind, auch für den Maaßstab der Strafe kein anderes rechtliches Prinzip gedacht werden, als eben diese Beschaffenheit oder Gemeinschädlichkeit der Verletzung, nach ihren verschiedenen möglichen Abstufungen. Hiernach kann das Prinzip für den Maaßstab der Strafe nur so lauten: je gemeinschädlicher die Handlung ist (je mehr durch sie die rechtliche oder moralische Ordnung des Staats verletzt wird), um so strafwürdiger ist dieselbe; je weniger, um so geringer ist der Grad ihrer Strafwürdigkeit. Da aber zu einer jeden Handlung (im Gegensatze einer bloßen Thätigkeit oder Wirksamkeit) wesentlich ein Handelnder, d. h. ein mit Selbstbestimmungsfähigkeit thätiges Subject vorausgesetzt wird, so wird durch den Grad der Gemeinschädlichkeit der Handlung, nach ihren verschiedenen Abstufungen, mit andern Worten der Grad der objectiven, und der subjectiven Verschuldung nach ihren verschiedenen Abstufungen ausgedrückt."

„So wie es nun aber zur Ausmittelung der Größe des Schadensersatzes keines Mittelgliedes zwischen dem Rechtsgrunde

und Maaßstabe desselben bedarf — was zu behaupten auch seither keinem Rechtsphilosophen eingefallen ist, obgleich auch hier nicht selten Incommensurables auszugleichen ist, wie z. B. bei Ersatzleistungen in Fällen der Tödtung, Körperverletzung, Verläumdungen, überhaupt bei allen Verbrechen, welche gegen andere Rechte als gegen das Eigenthum gerichtet sind: so kann auch bei der Strafe, als auf demselben rechtlichen Fundamente und Maaßstabe beruhend, kein solches Mittelglied aufgestellt — gleichsam zwischen beide hineingeschoben — werden, sollte es auch für die genauere Ausmittelung des Strafmaaßes noch so zweckmäßig seyn. Eben die s. g. Mittelzwecke der Strafe haben, wie die Beurtheilung der Nützlichkeitstheorieen ergeben hat, zur unvermeidlichen Folge, daß der Maaßstab der Strafe der reinen Criminalpolitik anheimfällt, und damit aufhört ein rechtliches (gerechtes) Straf=maaß zu seyn."

„Dagegen muß als gerecht derjenige Maaßstab anerkannt werden, welcher aus dem Rechtsgrunde der Strafe hergeleitet wird; denn derselbe Grund, welcher die Strafe als rechtlich bestimmt, kann das Maaß derselben unmöglich als ungerecht bestimmen, und auch die logische Consequenz bringt es mit sich, daß die Grundsätze des Strafrechts von keiner andern Seite hergeleitet werden können, als worauf der (Rechts= oder Verpflichtungs=) Grund desselben beruht. Insofern erscheinen alle Mittel= oder nächsten Zwecke der Strafe, als Prinzipe für den Maaßstab derselben gedacht, schon als logisch widersprechend. Muß aber die Rechtsphilosophie von dem Begriffe eines Mittelzwecks der Strafe, unter was immer für einem Namen derselbe aufgestellt werden mag, völlig abstrahiren, so bedarf sie auch nicht des, durch jenen Gegensatz allein bedeutungsvollen Begriffs eines Endzwecks der Strafe. Fragt man auf dem Gebiete des Schadensersatzes weder nach einem Mittel= noch nach einem Endzweck des Ersatzes, sondern lediglich nach dem Rechtsgrunde und Maaße desselben, so bedarf man jener Begriffe auch hier nicht."

„Rechtlich heißt derjenige Maaßstab, welcher der Größe der Verschuldung vollkommen entspricht, also den durch die Verletzung physisch und moralisch angestifteten Schaden vollständig wieder

aufhebt oder tilgt. Von einem solchen Maaßstabe sagt man, daß er die Proportion zwischen Schuld und Strafe einhalte, wie gerecht derjenige Ersatz genannt wird, welcher der Größe der Verletzung vollkommen entspricht. Denn wäre er nicht groß genug, so enthielte er ein Unrecht gegen den Verletzten, und wäre er zu groß, ein Unrecht gegen den Verletzer."

„Wie soll nun aber bei incommensurabeln Größen, wie häufig schon bei dem Schadensersatze der Fall ist, mehr noch bei der Strafe, welche als physisches Uebel ein moralisches Uebel tilgen soll, das rechte Maaß — die wahre Mitte zwischen dem zu Viel und zu Wenig — gefunden werden? Die Antwort hierauf liegt schon in der Frage selbst, daß nämlich eben deßhalb, weil es sich von incommensurabeln Größen handelt, das wahre Maaß, die wahre Proportion zwischen Schuld und Strafe nicht aufgefunden werden kann, und deßhalb die bürgerliche Gerechtigkeit nothwendig als Gegensatz von der göttlichen Gerechtigkeit oder Vergeltung gedacht werden muß."

„Die Aufgabe der Rechtsphilosophie kann daher nur die seyn, ein der Verschuldung möglichst annäherndes (approximatives) Strafmaaß aufzufinden, und da dieses theils die Qualität, theils die Quantität der Strafe betrifft, so fragt es sich zunächst: welche Strafarten rechtlich zulässig, und in jenem Sinne (d. h. beschränkt) zureichend (geeignet) seyen?"

§. 117.

„Als die geeignetsten Strafmittel (Strafarten) erscheinen allerdings, wie schon häufig ausgesprochen ist, diejenigen Strafen, welche dem Verbrechen analog (ähnlich), oder doch im Geiste desselben gelegen sind. Denn, dann besteht zwischen dem Verbrechen und der Strafe ein gewisser innerer Zusammenhang, welcher den Gedanken der Willkürlichkeit — der bloß willkürlichen Erfindung der Strafarten — ausschließt. Allein soll damit ausgesprochen seyn, daß bei jedem einzelnen Verbrechen eine analoge oder im Geiste desselben gelegene Strafe aufzufinden sey, so wäre dieß, wie eben so häufig dagegen erinnert worden ist, eine Anforderung, welcher in den wenigsten Fällen entsprochen werden könnte. Gleichwohl muß die Rechtsphilosophie, da sie

sich nicht mit einem willkürlichen Erfinden von Strafen befassen kann, den Gedanken der Analogie zwischen dem Verbrechen und der Strafe wenigstens im Allgemeinen festhalten, und so weit durchführen, als er sich vernünftigerweise durchführen läßt. So wie nämlich die Privat-, d. h. diejenigen Verbrechen, wo eine Privatperson das unmittelbar verletzte Subject ist, entweder Verletzungen angeborner, oder erworbener Güter (Rechtsobjecte) enthalten: so ergeben sich nach dieser Analogie auch zwei Hauptarten der Strafen, nämlich solche, welche eine Entziehung oder Beschränkung angeborner, und solche, welche einen Verlust erworbener Güter enthalten. So wie ferner das Verbrechen entweder eine Verletzung des Lebens, oder der Gesundheit, oder der persönlichen Freiheit, oder der Ehre, oder der Vermögensrechte enthält: so muß es auch, dem analog, Lebens-, Leibes, Freiheits-, Ehren- und Vermögensstrafen geben. Sind diese Strafarten auch nicht geeignet, das moralische Uebel des Verbrechens völlig zu tilgen, so sind sie doch keine rein willkürliche Erfindung, die mit jeder andern beliebig vertauscht werden könnten, indem sie wenigstens im Allgemeinen auf einer Analogie der Verbrechen, also auf einer gewissen Idee beruhen; noch wird man im Stande seyn, wirksamere Strafmittel aufzufinden, weßhalb sie sich auch überall geltend gemacht haben."

„Sind aber auch diese, den Verbrechen im Allgemeinen analogen Strafen (Strafmittel) rechtlich zulässig? Denn mit ihrem Begriff ist noch nicht ihre Rechtfertigung gegeben."

„Die Antwort hierauf ist die: sie sind rechtlich zulässig, insoweit es keine anderen, der Verschuldung entsprechenden Tilgungsmittel giebt, und sofern sie nicht dem Sittengesetze widerstreiten. Denn das Rechtsgesetz, als Theil der Moral, kann keine Strafarten zulassen, welche letztere kategorisch verwirft."

„Wendet man diesen Satz auf die Todesstrafe an, so erscheint diese Strafe als rechtlich zulässig, weil für die Tilgung der schwersten Schuld keine andere, als die schwerste Strafe gedacht werden kann; die Substituirung einer Strafe zweiten Grades auch bei allen übrigen Verbrechen, abwärts gerechnet, zu einer Vernichtung aller Proportion zwischen Schuld und Strafe führen

würde (denn auch die relative Proportion muß stets eingehalten werden); endlich weder Moral noch Christenthum sie verwerfen. Aber freilich unter allen bürgerlichen (menschlichen) Strafarten steht sie auf der äussersten Gränze der Zulässigkeit, weil sie die geheimnißvolle Gränze zwischen dem Diesseits und dem Jenseits aufhebt, und deshalb muß der Gesetzgeber sie vorzugsweise vom christlichen Standpuncte prüfen. In dieser Beziehung gewährt aber das Christenthum zugleich Trost dem Verbrecher, daß der Tod an sich sein Leben nicht hindere, und Zuversicht dem Staat, daß dieser nicht frevelnd in die göttlichen Plane eingreife. Denn es steht geschrieben (Evang. Luc. 23, 43): „Wahrlich ich sage dir, heute wirst du mit mir im Paradiese seyn"; (Evang. Matth 22, 32): „Gott aber ist nicht ein Gott der Todten, sondern der Lebendigen"; (2 Maccab. 7, 14): „Das ist ein großer Trost, daß wir hoffen, wenn uns die Menschen erwürgen, daß uns Gott wird wieder aufnehmen". Ueberhaupt heißt es in unzähligen Stellen des alten und neuen Bundes: „So ihr euch bekehret, so werdet ihr das ewige Leben haben" — Worte, die an alle Menschen gerichtet sind, deren Jeder jeden Augenblick gewärtig seyn muß, vom Schauplatze dieses Lebens abgerufen zu werden. Denn „der Tod erschleicht die Menschen, wie ein Dieb in der Nacht", und deshalb sollen sie stets „wachsam" seyn (Evang. Matth. 24, 42—44, 1 Thessal. 5, 2. ꝛc.)."

„Diese Verheißungen des Christenthums beseitigen zwar den Hauptzweifel gegen die Zulässigkeit der Todesstrafe, während nach der pantheistischen Weltanschauung der Staat keinen größeren Frevel begehen könnte, als einen Verbrecher hinzurichten. Gleichwohl ist diese Strafe, als die schwerste Strafe, auf die schwersten Verbrechen beschränkt, und da es der schwersten nur wenige giebt, so kann sie für nur wenige Verbrechen gerechtfertigt werden. Bloße Gründe der Zweckmäßigkeit vermögen niemals sie zu rechtfertigen, und auch die Humanität muß sie verdammen, wenn nicht zu ihrer Vollziehung das sicherste und am wenigsten schmerzhafte Mittel angewendet wird. Eben so müssen Recht und Humanität alle Qualificationen und mißbräuchlichen Anwendungen dieser Strafe, so sehr sie auch auf verjährten Vorurtheilen beruhen mögen, unbedingt verwerfen. Manche Artikel mancher neueren Strafgesetzge-

bungen könnte man in letzterer Beziehung mit Blut geschriebene Artikel nennen, wie die Artt. 240 und 241 des württ. Str.G.B., welche für sieben, auf verschiedener Stufe der Strafbarkeit stehende Fälle, und der Art. 178 Ziff. 1, welcher für vier Fälle unbedingt die Todesstrafe androht."

„Anders verhält es sich hinsichtlich der zweiten Art der Strafen, nämlich der Leibesstrafen, worunter natürlich hier nur körperliche Züchtigung (Prügelstrafe) gemeint seyn kann. Denn hier stehen dem Staat zur Tilgung der Schuld andere Strafmittel zu Gebote, und wenn auch diese weniger zweckmäßig seyn sollten, so fragt es sich doch immer erst nach der Rechtlichkeit der Strafe, d. h. nach ihrer Nothwendigkeit oder Unentbehrlichkeit für ein approximativ gerechtes Strafmaaß. Eine Unentbehrlichkeit der körperlichen Züchtigung in diesem Sinne kann aber nicht behauptet werden, und als beschimpfende, der Würde des Menschen (die auch in dem Verbrecher zu achten ist) widersprechende Strafe ist sie nicht minder dem Sittengesetz und der Humanität, als der öffentlichen Meinung zuwider. Sollte der Gesetzgeber dieß bezweifeln, so möge er nur diese Strafe öffentlich vollziehen, um die gemeine Meinung darüber kennen zu lernen. Strafen, welche öffentlich vollzogen werden können, aber insgeheim vollstreckt werden, erregen schon dadurch einen natürlichen Verdacht gegen sich. Zur Zeit der P.G.O., welche das Auspeitschen mit Ruthen sehr häufig androht, und lange nachher, fand Oeffentlichkeit der Vollziehung statt; jetzt hingegen legt man nur dem Gerichtsarzte die unangenehme Pflicht auf, „um größeres Uebel zu verhüten" der Execution beizuwohnen."

„Die dritte Klasse der Strafen bilden die Ehrenstrafen, d. h. Schmälerungen der allgemeinen, oder der bevorzugten bürgerlichen Ehre (Amts- und Standesehre). Sie können entweder ein moralisches, oder ein bloß politisches Urtheil aussprechen. Drücken sie ersteres aus, so darf mit entehrender Strafe nur derjenige belegt werden, welcher durch das Verbrechen an sich, oder durch die demselben zu Grunde liegenden Motive, sich selbst entehrt hat. Dann spricht die Strafe nur ein Urtheil aus, welches der Verbrecher sich selbst gesprochen hat, und der Staat, indem er das

Publicum zum Vollstrecker seines Strafurtheils macht, kann auf die genaue Vollziehung desselben zählen. Nur darf eine solche Strafe niemals auf die ganze Lebensdauer des Verbrechers erstreckt werden. Denn theils ist die öffentliche Meinung versöhnlich, und darin darf ihr auch das Gesetz nicht nachstehen, welches, ohne jene zur Vollstreckerinn zu haben, hier überall nichts vermöchte; theils hat der Uebertreter durch seine, wenn auch ihn entehrende Missethat nur ausgesprochen, daß er eine verdorbene Gesinnung habe, nicht aber, daß er sie stets behalten werde, weshalb auch das Strafurtheil, als der formelle Ausdruck seines eignen Urtheils, nur auf zeitliche Ehrenstrafe lauten darf; theils endlich wäre es eine Zerstörung aller Proportion zwischen Schuld und Strafe, um der bloßen Gesinnung des Uebertreters willen, eine über seine ganze Lebensdauer sich erstreckende Strafe zu verhängen, während bei andern theilbaren Strafarten nach Maaßgabe der Verschuldung zwischen zeitlicher und dauernder Verhängung unterschieden wird."

„Eben so wenig dürfen jene moralischen Ehrenstrafen (entehrenden Strafen, Infamie), und diejenigen Ehrenstrafen, welche kein moralisches, sondern nur ein politisches Urtheil (den Verlust gewisser öffentlicher Rechte) aussprechen, mit dem gleichen Ausdruck (z. B. nach dem württ. Str.G.B. Verlust der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte) bezeichnet werden; und noch weniger darf jene moralische, und diese politische Ehrenstrafe an die bloße Verurtheilung zu einer gewissen Art der Freiheitsstrafe geknüpft werden, welche nur darum verhängt werden muß, weil die Dauer der nicht entehrenden Freiheitsstrafe nicht über etliche Jahre (z. B. nach dem württ. Str.G.B. regelmäßig nicht über zwei Jahre) reichen soll."

„Hiernach wird man sich kaum ein ungerechteres, alle Begriffe von Ehre mehr verwirrendes System der Ehrenstrafen denken können, als das des württ. Str.G.B. Doch ging das System des Strafedicts vom J. 1824 noch weiter, indem es die Infamie schon an jede mehr als dreimonatliche Freiheitsberaubung knüpfte, sofern nicht das Privilegium der Festungsstrafe bis zur Dauer eines Jahres dazwischen trat. Aber am höchsten

steigt die Verwirrung der Begriffe, wenn dem Diebe, dem Landstreicher, dem Bettler ꝛc. sogar der Verlust seiner — „Dienstrechte" angekündigt werden muß, und auch Frauenspersonen zur Strafe den Verlust der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte erleiden sollen."

„Nach Rechtsgrundsätzen muß zwischen entehrenden Strafen, welche ein moralisches, und Ehrenstrafen, welche nur ein politisches Urtheil aussprechen, dem Begriffe und den Folgen nach unterschieden werden, und die bloße Art der Freiheitsstrafe, zu welcher Jemand verurtheilt wird, kann darum kein Urtheil hierüber aussprechen, weil nur die Beschaffenheit des Verbrechens, nicht die Strafe, eine Strafe bestimmen kann."

„Allerdings hält es schwer, diejenigen Handlungen zu bezeichnen, durch welche der Verbrecher sich selbst entehrt. Denn theils kann einer an sich (nach der öffentlichen Meinung) entehrenden Handlung ein nicht entehrendes, wie umgekehrt einer an sich nicht entehrenden Handlung ein entehrendes Motiv zu Grunde liegen; theils kann die Ausmittelung des wahren, oder doch vorherrschenden Motivs der Handlung schwierig seyn. Allein die gleichen, und oft noch größere Schwierigkeiten und Unvollkommenheiten bieten sich ja überall auf dem Gebiete der menschlichen Strafgerechtigkeit dar; und will der Gesetzgeber der gewissenhaften Beurtheilung des Richters nicht trauen, so bleibt ihm nichts übrig, als durchgreifende Bestimmungen aufzustellen, welche eben deshalb Schuldige und Nichtschuldige zugleich treffen."

„Die vierte Art der Strafen, die Vermögensstrafen, sind ihrer Natur nach nur für geringere Vergehen geeignet, aber für die qualitative Proportion der Strafe unentbehrlich. Sie können zwar sehr bedeutend gesteigert werden; allein dadurch werden sie nicht in die gerechte Proportion zu schwereren, oder gar schweren Uebertretungen gesetzt."

„Als Hauptstrafen blieben hiernach Freiheitsstrafen übrig, die auch, wenn sie gehörig benutzt werden, eben so geeignet für die Beförderung der Strafjustiz sind, als umgekehrt, wenn sie vernachlässigt und verwahrloset werden, zum größten Nachtheil für den Rechtszustand dienen, weil Strafanstalten, welche eine Pflanz-

schule des Lasters sind, das moralische Uebel, welches durch die Strafe getilgt werden soll, in's Unendliche vermehren und fortpflanzen. Dagegen gehörig benutzt, namentlich zur Besserung des Verbrechers, sind sie vorzugsweise geeignet, das moralische Uebel, welches durch das Verbrechen angestiftet ist, so vollständig, wie überhaupt bei incommensurabeln Größen möglich ist, zu tilgen. Denn ist schon die rechtswidrige Willensstimmung, aus welcher das Verbrechen hervorging, für sich betrachtet, ein moralisches Uebel für die rechtliche Ordnung des Staats; kann sie eine Quelle neuer Verbrechen werden, und erzeugt sie Furcht oder Schrecken bei Vielen, kurz einen Zustand der allgemeinen Unsicherheit: so werden alle diese moralischen Uebel am sichersten dadurch getilgt, daß der Verbrecher gebessert aus der Strafanstalt in die bürgerliche Gesellschaft zurückkehrt — obgleich es auch dann für denselben nicht an neuen Prüfungen fehlen wird, weil die meisten Strafanstalten nicht so eingerichtet sind, daß sie dem Publicum eine hinreichende Garantie für die Besserung des entlassenen Sträflings gewähren. Insbesondere aber, wenn ihn das Gesetz mit der Schandtafel lebenslänglicher Infamie behaftet läßt, kann für ihn eine Zeit weit schwererer Prüfungen entstehen, als diejenigen waren, die er nach vielen Kämpfen überwunden hat. Endlich sollte dem Staat das Schicksal der von ihm als gebessert aus der Strafanstalt entlassenen Sträflinge mehr am Herzen liegen, während er schon seine Pflicht gethan zu haben glaubt, wenn er nur auf die Ungebesserten ein polizeiliches Augenmerk richtet."

„Die Vorzüge der Freiheitsstrafen ergeben sich am einfachsten, wenn man die wünschenswerthen Eigenschaften der bürgerlichen Strafen (Strafmittel) überhaupt, und zwar zunächst vom Standpuncte dieser Theorie in's Auge faßt. Wir sagten: wünschenswerthe, nicht: nothwendige. Denn, wie die bürgerliche Strafgerechtigkeit überhaupt nur eine unvollkommene ist, so gilt dieß auch von den dem Staat zu Gebote stehenden Strafmitteln, welche daher jene wünschenswerthen Eigenschaften entweder nur theilweise in sich vereinigen, oder vielleicht gar völlig entbehren. Daraus kann aber eben so wenig ihre Verwerflichkeit gefolgert werden, als

aus der Unvollkommenheit der menschlichen Strafgerechtigkeit überhaupt, daß letztere aufgehoben werden müsse."

„Die wünschenswerthen Eigenschaften der bürgerlichen Strafen sind: Theilbarkeit, Ersetzbarkeit, Möglichkeit der Besserung des Verbrechers, und Sicherung des Staats vor neuen Uebertretungen, so lange das moralische Uebel des Verbrechens noch nicht getilgt ist. Theilbarkeit: um die Strafe nach den, später zu entwickelnden Prinzipen für die Quantität der Strafe den verschiedenen Abstufungen der Verschuldung möglichst genau anpassen zu können. Ersetzbarkeit: weil bei der Ausübung der bürgerlichen, d. h. menschlichen Strafgerechtigkeit auch Unschuldige oder minder Schuldige einer unverdienten Strafe unterliegen können. Möglichkeit der Besserung: weil diese das geeignetste Mittel zur Tilgung des moralischen Uebels des Verbrechens ist. Sicherung des Staats: weil das moralische Uebel sonst fortwirken würde."

„Alle diese Eigenschaften vereinigt die Freiheitsstrafe in sich, während sie umgekehrt bei der Todesstrafe ganz vermißt werden. Denn sie ist untheilbar, unersetzbar, bessert den Verbrecher nicht, und sichert auch den Staat nicht, wenigstens nicht in dem angegebenen Sinne. Hingegen die entehrenden, wie auch die Ehrenstrafen lassen eine Theilbarkeit hinsichtlich ihrer Dauer zu, und bis dieses Prinzip nicht eben so vollständig hier wie bei andern Strafarten anerkannt ist, leidet die bürgerliche Gerechtigkeit an einem ihrer schwersten Gebrechen."

„Daß jene Eigenschaften der Strafe mit einem Zweck derselben, durch welchen im Sinne der Nützlichkeitstheorieen die Qualität und Quantität der Strafe zugleich bestimmt werden soll, also mit andern Worten, mit einem nächsten, unmittelbaren oder s. g. Mittelzweck der Strafe, entfernt nichts gemein haben, ist einleuchtend, obwohl Besserung und Sicherung häufig als solche aufgestellt worden sind. Denn jene Momente sind mehr nicht als wünschenswerthe Eigenschaften, durch welche sich eine Strafart vor der andern empfiehlt, also keineswegs Prinzipe für die Qualität und Quantität der Strafe, indem diese nach der bisher entwickelten Theorie, ohne vermittelndes Glied, unmittelbar aus dem Rechtsgrunde der Strafe abgeleitet werden. Man sehe es auch

nicht als Pedanterei an, daß hier der Ausdruck Zweck der Strafe so sorgfältig vermieden wird, da sich an die Begriffe: Endzweck und Mittelzweck, Hauptzweck und Nebenzweck, Zweck der Strafdrohung und Zweck der Strafvollziehung, so manche für Doctrin, Praxis und Legislation gefährlich gewordene Irrungen knüpfen, und jene s. g. Zwecke der Strafe nicht einmal alle wünschenswerthen Eigenschaften der bürgerlichen Strafen erschöpfen."

„Sollte nicht aber auch die Abschreckung diesen Eigenschaften beigezählt werden müssen? Damit könnte natürlich hier (denn von einem Strafgesetze war seither noch nicht die Rede, sondern nur von der Tilgung der Schuld durch die Strafe) nur Abschreckung des Verbrechers durch das Erleiden der Strafe, oder durch die ihn begleitende Vorstellung der erlittenen Strafe, oder aber Abschreckung Anderer, sey es durch den Anblick oder durch die Vorstellung fremder Leiden, gemeint seyn. Allein in ersterer Beziehung bedarf es einer Abschreckung nicht, weil schon die Besserung des Verbrechers als wünschenswerthe Eigenschaft der Strafe hervorgehoben wurde, diese aber jene nicht nur überwiegt, sondern auch entbehrlich macht; und in letzterer Beziehung sollte es vielmehr heißen: Oeffentlichkeit der Strafvollziehung. Diese kann aber kaum zu den wünschenswerthen Eigenschaften der bürgerlichen Strafen überhaupt gerechnet werden, weil sie sich einzig auf die Todesstrafe beschränkt. Dagegen Oeffentlichkeit der Strafrechtspflege wäre bei allen Uebertretungen nicht nur möglich, sondern wird zugleich durch die Idee der bürgerlichen Gerechtigkeit geboten; allein diese kann nicht als wünschenswerthe Eigenschaft der Strafen (Strafmittel), wovon hier allein die Rede ist, bezeichnet werden."

„Ueberhaupt hat die Beurtheilung der Abschreckungssysteme ergeben, wie gefährlich es ist, auf das Moment der Abschreckung in irgend einer Richtung ein bedeutendes Gewicht zu legen. Eine ernste Strafjustiz bringt schon von selbst diese Folge, soweit überhaupt auf sie gezählt werden kann, hervor, und insofern braucht sie weder besonders gewünscht zu werden, noch darf zu ihrer Beförderung etwas geschehen, wodurch das Recht der Politik zum Opfer gebracht wird."

§. 117.

„Nach welchen Prinzipen soll nun aber, um damit auf die zweite Frage überzugehen, das Maaß (die Quantität) theilbarer Strafen bestimmt werden? Denn, daß von einer Aus= oder Zumessung untheilbarer Strafen nicht die Rede seyn könne, versteht sich von selbst. Nur darf man die untheilbaren Strafen nicht verwechseln mit in sich theilbaren Strafen, welche auf der äussersten Höhe untheilbar werden, wie lebenslängliche Infamie, und lebenswierige Freiheitsberaubung; denn die Endpuncte theilbarer Strafen fallen eben so unzweifelhaft in das Gebiet der Strafausmessung, wie das, was innerhalb derselben gelegen ist. Zwar könnten auch bei der Todesstrafe innere und äussere Verschärfungen angewendet werden; allein theils wären solche Zuthaten doch von einem eigentlichen Bemessen oder Ausmessen der Strafe verschieden, theils müssen sie nach der eigenthümlichen Beschaffenheit dieser Strafe unbedingt verworfen werden. Mit Martern und Peinigungen den Verbrecher seinem barmherzigen Schöpfer zu überweisen — wer mag den Gedanken ertragen? Auch lassen sich Fälle denken, wo selbst die ausgesuchtesten Martern nicht ausreichen würden, um den Verbrecher ganz so, wie er es nach dem Maaßstabe der bürgerlichen Gerechtigkeit verdient hat, zu bestrafen. Denn für zehn oder zwanzig Mordthaten kann der Verbrecher zur Strafe immer nur einmal sein Leben verlieren. Eben so kann der Fall eintreten, daß der Verbrecher mehrere sehr schwere Verbrechen verübt hat, deren jedes mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe geahndet zu werden verdiente, oder welche zusammengenommen eine, das menschliche Lebensalter weit übersteigende Dauer der Freiheitsberaubung zur Folge haben müßten, wenn seine Schuld vollständig getilgt werden soll. Allein — was kann der Staat auch hier anders thun, als so weit zu strafen, als er zu strafen vermag, das Uebrige aber der göttlichen Vergeltung zu überlassen? Damit erfüllt er im Sinne des Rechtsgesetzes vollständig seine Pflicht, und Niemand verlangt auch von ihm, daß er durch Martern und Peinigungen die unvermeidliche Unvollkommenheit der menschlichen Strafjustiz künstlich zu verdecken suche. Vielmehr

geht dann die menschliche Gerechtigkeit in Unmenschlichkeit (Grausamkeit, Barbarei) über."

„Die gleiche Unvollkommenheit, wie hinsichtlich der Qualität der Strafe, zeigt sich, und zwar eben so unvermeidlich auch hinsichtlich der Quantität derselben. Denn, giebt es keine Strafart, welche einer bestimmten Art von Verbrechen durchaus entspricht, besteht also zwischen beiden kein innerer nothwendiger Zusammenhang (man möchte denn zwischen dem Morde und der Todesstrafe einen solchen finden), und kann dieß auch nicht anders seyn, weil es sich hier von Ausgleichung incommensurabeler Größen handelt: so ist es auf dem Gebiete solcher, nur auf einer allgemeinen Analogie beruhenden (§. 116) Strafmittel eben so unmöglich, ein dem Grade der Verschuldung völlig entsprechendes Strafmaaß aufzufinden. Mithin muß der Staat sich auch hier mit einem approximativ und relativ gerechten Maaßstabe (quantitativer Proportion) begnügen."

„Wie kann nun aber ein solcher Maaßstab gewonnen werden? Vom Standpuncte dieser Theorie beruht der Rechtsgrund — oder, wie man auch sagen kann, Verpflichtungsgrund — der Strafe auf der Pflicht des Verbrechers, den von ihm durch das Verbrechen angestifteten Schaden, so weit es möglich ist, zu vergüten oder zu tilgen. Dieser Schaden kann, wie nachgewiesen wurde, sehr verschiedener Art seyn, und da das Rechtsgesetz gebietet, denselben vollständig und nach allen Seiten hin zu tilgen: so ergiebt sich daraus der Grundsatz: je größer der Schaden, um so größer muß das Maaß der Strafe seyn, und umgekehrt, je geringer der Schaden, um so geringer das Strafmaaß."

„Zur Ausmittelung der Größe des Schadens sind daher die verschiedenen Klassen von Verbrechen zu unterscheiden. Die erste, und zwar dem Umfange nach die Hauptklasse, bilden diejenigen Verbrechen, bei welchen der Schaden in zwei Hauptrichtungen hervortritt, nämlich bezogen auf das unmittelbar verletzte Subject (dieses sey eine Privatperson, oder der Staat), als Verletzung bestimmter äusserer Rechte, also als Beschädigung (physisches Uebel), und bezogen auf den mittelbar dadurch verletzten Staat, als Verletzung der Rechtsordnung, also als moralisches Uebel. Hier

kann entweder das physische Uebel dem moralischen gleich stehen (so weit eine Abschätzung beider gegen einander möglich ist), oder das eine dem Gewichte nach über dem andern stehen, also entweder das physische über dem moralischen, oder das moralische über dem physischen Uebel stehen."

„Die zweite Klasse der Verbrechen bilden diejenigen, bei welchen es entweder an einer Verletzung bestimmter äusserer Rechte, also an einem Beschädigten fehlt, mithin durch die Strafe nur der moralische Schaden des Verbrechens je nach seinem Grade zu tilgen ist, wie bei dem völlig erfolglos gebliebenen versuchten Verbrechen, und bei den Rechtsverletzungen im weiteren Sinne; oder, wenn auch eine Beschädigung vorliegt, diese dem Verbrecher nicht unmittelbar zugerechnet werden kann, wie bei der Anstiftung, der entfernten Beihülfe und der Begünstigung, so daß es auch hier nur der moralische Schaden des Verbrechens ist, welcher nach seinen verschiedenen Graden durch die Strafe zu tilgen ist."

„Hiernach scheint der Maaßstab der Strafe nur ein objectiver, mit Ausschluß des subjectiven, zu seyn. Denn jeder Schaden gehört dem objectiven Gesichtspuncte der Strafbarkeit an."

„Allein dieß scheint nur so. Denn theils setzt eine Handlung ihrem Begriffe nach nothwendig ein mit Selbstbestimmungsfähigkeit (moralischer Freiheit) thätiges Subject voraus, weshalb auch der Werth der Handlung durch das subjective Moment bestimmt werden muß; theils ergiebt sich das Gleiche aus der Idee des moralischen Schadens, indem ein wirkliches moralisches Uebel aus keiner andern Quelle, als aus einer unmoralischen, entspringen kann. In dieser Beziehung bietet selbst der materielle Schaden keinen Gegensatz dar, da auch dieser, vom rechtlichen Standpuncte betrachtet, niemals an sich, sondern nur als Ausfluß einer rechtswidrigen Willensbestimmung in Betracht kommt. Bietet diesemnach die Handlung hinsichtlich ihres rechtlichen Daseyns (Begriffs) nothwendig zwei Seiten dar, eine äussere und innere, so muß sie auch hinsichtlich ihres rechtlichen Werths von beiden Seiten zugleich gewürdigt werden."

„Umgekehrt könnte man meinen, daß vom Standpuncte dieser Theorie sich nur ein subjectiver Maaßstab der Strafe, mit Ausschluß des objectiven, rechtfertigen lasse. Denn sie hebt mit

der Thesis an, daß das Rechtsgesetz ein fortdauerndes Gestimmtseyn für das Recht und gegen das Unrecht gebiete. Allein theils verbindet das Rechtsgesetz damit das weitere Gebot, daß, wer gegen jenes Gebot handle, verpflichtet sey, den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen (den Zustand der Unverletzlichkeit wieder herzustellen); theils folgt daraus, daß der Gegenstand des Rechtsgesetzes niemals die innere Handlung allein, sondern nur die äussere, weil innere, seyn kann, mit logischer Nothwendigkeit, daß sie auch hinsichtlich ihres rechtlichen Werths von beiden Seiten zugleich, der äusseren und der inneren, beurtheilt werden muß. Eine ausschließlich äussere, wie eine ausschließlich innere Würdigung wäre daher vom Standpuncte des Rechtsgesetzes gleich widersprechend. Jene wäre der Maaßstab des bloßen Zufalls oder Ungefährs, welcher nicht der vernünftiger Wesen seyn kann; diese der Maaßstab der reinen Immoralität und Sünde, welcher dem eignen Gewissen des Menschen und der göttlichen Vergeltung anheimfällt."

„Zur Vermittlung beider Prinzipe, des subjectiven und des objectiven Maaßstabes, dient der, wenn auch nicht unbedingte Wahrheit, doch viel Wahres enthaltende Satz, daß — Zurechnungsfähigkeit und Vorsatz vorausgesetzt — im Allgemeinen die Größe der Verletzung zur Darlegung oder Demonstration des Grades der rechtswidrigen Gesinnung des Uebertreters dient. Denn je wichtiger ein Menschenrecht, um so größer ist, wie sich Jedermann dessen bewußt ist, die Pflicht, dasselbe nicht zu verletzen; je größer aber die Pflichtverletzung, um so größer muß die rechtswidrige Gesinnung des Uebertreters gewesen seyn, wenn er diese Pflicht gleichwohl übertrat. Nun gehört es zwar auf der andern Seite nicht zu den seltenen Erscheinungen, daß einer an sich (objectiv) geringfügigen Verletzung ein hoher Grad der Verdorbenheit der Gesinnung, und umgekehrt einer an sich (objectiv) schweren Verletzung ein nur geringer Grad derselben zu Grunde liegt. Somit würde es nicht sowohl auf die Größe der Verletzung an sich, als vielmehr auf die Beschaffenheit der Umstände, unter welchen das Verbrechen verübt wurde, ankommen, d. h. diese wären es zunächst oder doch vorzugsweise, aus deren

Beurtheilung die Größe der rechtswidrigen Gesinnung gefolgert werden könnte."

„Allein, wenn man eines Theils erwägt, daß das Innere des Menschen niemals unmittelbar, sondern nur mittelbar (durch Schlußfolgerung aus seinen Handlungen) erkannt werden kann; andern Theils, daß eine Beurtheilung seines Inneren nur nach einem allgemeinen (empirisch-psychologischen) Maaßstabe möglich ist: so gewinnt das Rechtsgesetz an jenem Satze jedenfalls einen wichtigen Anhaltspunct für die Würdigung des Grades der Schuld, welcher in vielen, vielleicht den meisten Fällen seine Bewahrheitung in der Beurtheilung der besonderen Umstände, unter welchen die That verübt wurde, und überhaupt der ganzen Handlungsweise des Uebertreters, finden wird. Zugleich dient dieser Satz zum Beweise, daß das objective und das subjective Strafmaaß keinen so unversöhnlichen Gegensatz gegen einander bilden, als angenommen werden könnte, sondern daß es mehr nur auf eine Ausgleichung beider da, wo und in wie weit sie einander entgegenstehen, ankommen kann."

„Aber noch mehr. Vom Standpuncte des Rechtsgesetzes sind jene Gegensätze nicht einmal wirkliche, sondern nur künstlich geschaffene, mithin fingirte Gegensätze. Denn ein bloß objectives Strafmaaß wäre, wie schon bemerkt wurde, ein Maaßstab des Zufalls oder Ungefährs, also gar keins, und ein bloß subjectives Strafmaaß ein Maaßstab, welcher nur der Ethik und der göttlichen Vergeltung angehört. Insofern schließt, vom Standpuncte des Rechtsgesetzes, der objective Maaßstab nothwendig den subjectiven, und dieser eben so nothwendig jenen in sich. Sollen daher beide gleichwohl von einander getrennt, d. h. vorerst jeder unabhängig von dem andern aufgefaßt und beurtheilt werden, um später die so gewonnenen Gegensätze künstlich (durch ein Davonnehmen und Hinzuwägen) zu vermitteln: so heißt dieß mit andern Worten nur nachweisen, worin die Prinzipe für das rechtliche Strafmaaß vom Standpuncte des Rechtsgesetzes — nicht bestehen können, um dann sicherer die Frage, worin sie wirklich bestehen, beantworten zu können. Insofern handelt es sich hier mehr nur von einer Methode zur besseren Veranschaulichung der sich hier

darbietenden eigenthümlichen Schwierigkeiten, und so aufgefaßt kann mit Grund nichts dagegen eingewendet werden."

§. 118.

„In diesem, aber auch nur in diesem Sinne kann, zur Erzielung eines approximativ und relativ gerechten Strafmaaßes vom Standpuncte dieser Theorie, d. h. der Aufhebung des durch freie Uebertretung des Rechtsgesetzes verschuldeten Gesammtschadens, zunächst das objective von dem subjectiven Strafmaaße gesondert werden, um dann beide in ihrer Beziehung zu einander zu betrachten."

„I. In objectiver Hinsicht gilt der Grundsatz: je größer der durch den Uebertreter angestiftete Schaden seinem Umfange nach, und nach Beschaffenheit des verletzten Rechtsobjects ist, um so strafwürdiger ist der Uebertreter, und umgekehrt, je geringer der Schaden, um so geringer seine Strafwürdigkeit. Nach diesem Prinzipe wären z. B. vorsätzliche und fahrlässige Verletzungen derselben Art und Größe (Tödtungen, Körperverletzungen ꝛc.) gleich strafwürdig; eben so Mord, Todtschlag und Tödtung aus durch Vorsatz bestimmte Fahrlässigkeit (**culpa dolo determinata**); desgleichen der Hauptgehülfe bei der That gleich strafwürdig mit dem Urheber ꝛc. Allein durch den nothwendigen Hinzutritt des subjectiven Strafmaaßes rücken diese, objectiv einander gleichstehenden, Uebertreter wiederum, mehr oder minder, aus einander; oder genauer ausgedrückt: sie scheinen nur gleich strafwürdig zu seyn, weil ein rein objectives Strafmaaß vom rechtlichen Standpuncte schlechthin nicht gedacht werden kann."

„Daß übrigens unter jenem, auf der Größe der Verletzung oder Schadenszufügung beruhenden (s. g. objectiven) Strafmaaße nicht bloß der physische oder materiale, sondern auch der moralische Schaden begriffen sey, ergiebt sich vom Standpuncte dieser Theorie von selbst. Auch der moralische Schaden des Verbrechens, wenn er gleich nicht so genau berechnet werden kann als jener, ist nicht minder ein wirklicher (realer) Schaden, welcher in sehr verschiedenem Grade und Umfange gedacht werden kann. Manche Verbrechen haben nur diesen ohne jenen, die meisten aber beide Arten des Schadens zugleich zur Folge."

„II. In subjectiver Hinsicht gilt der Grundsatz: je schlechter die Gesinnung des Verbrechers ist, um so strafwürdiger ist derselbe, und umgekehrt, je weniger schlecht seine Gesinnung, um so geringer ist seine Strafwürdigkeit. Denn, steht die illegale Willensstimmung, als Quelle des Verbrechens, im Widerspruch mit dem Rechtsgesetze, so muß dieser um so größer seyn, je verdorbener die Gesinnung des Uebertreters ist. Eine verdorbene Gesinnung braucht aber nicht nothwendig in einer (objectiv) schweren Verletzung hervorzutreten; sie kann sich vielmehr, z. B. weil vor der Hand keine günstige Gelegenheit gegeben war, auch in minder schweren, ja geringfügigen Verletzungen darstellen, und von dieser sich dann bei günstigerer Gelegenheit auf andere schweren Verbrechen erstrecken; oder sie kann sich — denn solche Individuen giebt es — in kleineren Verletzungen bewegen, weil sie nichts Großes zu unternehmen wagt. Hiernach können z. B. der entfernte Versuch eines Verbrechens, eine entfernte Beihülfe, selbst eine Begünstigung strafwürdiger seyn als das vollendete Verbrechen des Urhebers. Namentlich würde es dabei auf die Beschaffenheit des Motivs oder der Triebfeder des Handelnden ankommen, gegen welche die Beschaffenheit der verletzenden Handlung an sich (ihre Größe oder Geringfügigkeit) so gut wie ganz in den Hintergrund treten könnte. Allein durch den nothwendigen Hinzutritt des objectiven Strafmaaßes werden auch diese Sätze mehr oder minder modificirt, oder vielmehr: sie sind nur scheinbar, weil vom Standpuncte des Rechtsgesetzes ein rein subjectives Strafmaaß, ohne ein objectives, schlechthin nicht gedacht werden kann."

„Das Rechtsgesetz muß nämlich anerkennen, daß es ein Gebiet des ewigen Gewissensrichters (des göttlichen Vergelters) giebt, in welches einzugreifen Vermessenheit wäre, weil es zu Vollziehern seiner Gebote nur menschliche Wesen hat, dem Menschen aber, als beschränktem Vernunftwesen, nicht einmal ein sicherer Blick in sein eignes Innere vergönnt ist, geschweige denn in das Innere seiner Mitmenschen. Hierauf beruht der Unterschied zwischen der Beurtheilung der Illegalität der Gesinnung des Uebertreters, und dem Gott, allein erkennbaren Grade, seiner Immoralität. Denn, so gewiß auch die illegale Gesinnung eine unmoralische

ist, weil das Rechtsgesetz Theil des Sittengesetzes ist, so ist doch dieselbe theils nach dem Umfange ihrer Würdigung eine andere, theils wird sie auf verschiedene Weise erkannt, theils endlich ist sie ihrem Wesen nach unvollkommen und trügerisch."

„Erstlich: sie ist von beschränkterem Umfange, d. h. sie ist nicht, und kann nicht seyn, die volle Erfassung der ganzen Gesinnung des Uebertreters, welche sich mit unsichtbaren Fäden durch das ganze Labyrinth seines inneren und äusseren Lebens hindurchzieht, also in seiner ganzen Vorstellungs-, Empfindungs- und Begehrungsweise hervortritt; sondern sie ist nur, und kann nur seyn, eine theilweise Erfassung seiner Gesinnung, d. h. diese als Quelle einer bestimmten Uebertretung, und was mit ihr in naher Beziehung steht, aufgefaßt."

„Zweitens: sie wird auf andere Weise erkannt, d. h. nicht durch unmittelbare Betrachtung des Inneren des Uebertreters, sondern durch Schlußfolgerungen aus der einzelnen Handlung und ganzen Handlungsweise desselben gewonnen. Je mehr in letzterer Beziehung, zu Gunsten oder zum Nachtheil des Schuldigen, vorliegt, um so sicherer wird innerhalb dieser Gränze seine Gesinnung, sein Character erkannt werden können; je weniger für oder gegen ihn vorliegt, um so unsicherer wird das Urtheil ausfallen. Oder die Schlüsse aus seiner Handlungsweise führen zu Widersprüchen, die sich nicht ausgleichen lassen, wodurch der Character des Uebertreters entweder zu einem Räthsel wird, oder dieser sich als völlig characterloses Subject darstellt."

„Drittens: sie ist unvollkommen und daher trügerisch. Denn entweder fehlt es dem Beurtheiler an den nöthigen Thatumständen, um mit einiger Sicherheit (d. h. nach dem, hier allein möglichen psychologisch empirischen Maaßstabe) auf die Gesinnung des Uebertreters schließen zu können; oder die aus der einzelnen Handlung und ganzen Handlungsweise des Uebertreters abgeleiteten Schlüsse beruhen, aller Sorgfalt der Prüfung ungeachtet, auf Uebereilung, Irrthum oder ungegründetem Verdachte; oder endlich die verschiedenen Triebfedern des Handelnden sind in einer Weise in einander verzweigt, oder stehen mit einander in einem solchen Widerspruch, daß es schwer hält, wo nicht unmöglich ist, das wahre, oder doch das Hauptmotiv seiner Handlung zu er-

mitteln, und danach ein Urtheil über die Größe seiner illegalen Gesinnung zu gewinnen. Ueberhaupt ein abgerissenes Lebensstück, wie wenig geeignet ist es, ein wahres Bild von der Gesinnung eines Menschen zu geben."

„Diese Betrachtung führt zu dem Schlusse, daß sich die Erforschung der Gesinnung des Uebertreters nicht in eine, eben so erfolglose als gefährliche Anatomie der Seele verlieren darf, sondern nur in allgemeinen Umrissen oder Zügen gewonnen werden kann und soll, was der inquisitorische Strafproceß und das Abschreckungsprinzip nicht gehörig berücksichtigen."

„III. Nunmehr bedürfte es, im Sinne der seither befolgten Methode, einer Ausgleichung der Resultate beider Gegensätze, nämlich des rein objectiven und des rein subjectiven Strafmaaßes, indem die bisherige Ausführung so viel ergeben hat, daß die rechtliche (gerechte) quantitative Proportion zwischen Schuld und Strafe weder von dem einen, noch von dem andern ausschließlichen Standpuncte gewonnen werden kann. Allein wie will man sich hier ein eigentliches Davonnehmen und Hinzuwägen denken? Dazu bedürfte es jedenfalls fest bestimmter Quantitäten der Strafen von dem einen, wie von dem andern Standpuncte, was eine nicht bloß mühsame, sondern auch unmögliche Aufgabe wäre, weil eine Berechnung nach solchen Größen hier gar nicht gedacht werden kann, sondern nur nach allgemeinen Umrissen, es mithin für eine wirkliche Ausgleichung oder Vermittelung an allem festen Boden fehlen würde."

„Diesemnach wird die Rechtsphilosophie, von dem Satze ausgehend, daß weder ein objectiver ohne den subjectiven, noch umgekehrt ein subjectiver ohne den objectiven Maaßstab möglich sey, sich nicht mit einer künstlichen Vermittlung der, aus beiden einseitigen Richtungen künstlich abgeleiteten Gegensätze befassen; sondern sie wird, ohne eines solchen Umwegs zu bedürfen, geradezu die Thesis aussprechen, daß der rechtliche Maaßstab der Strafe in der möglichst gleichmäßigen Würdigung beider Seiten der That bestehe. Denn bedarf es, vom Standpuncte des Rechtsgesetzes, zum Daseyn eines Verbrechens nothwendig eines äusseren rechtswidrigen Handelns (das bloß innere Handeln muß das

Rechtsgesetz dem ihm zur Seite stehenden Sittengesetze überlassen), und zugleich einer rechtswidrigen Willensstimmung, als Quelle jenes Handelns, weil die bloße Wirksamkeit als solche den Naturkräften angehört, wie solche sich in organischen und unorganischen Wesen äussern; und sind diese beiden Momente — äusseres und inneres Handeln — gleich wesentlich und von gleichem Gewichte für das Daseyn eines Verbrechens und dessen rechtliche Folge überhaupt (die Strafe): so kann auch die Größe des Verbrechens, welche den Maaßstab der Strafe bestimmt, nur auf beiden Momenten zugleich beruhen, mithin nur aus der gleichmäßigen Würdigung beider erkannt werden."

„Unter der gleichmäßigen Würdigung kann aber begreiflicher Weise nicht die Ausmittlung des wahren Gleichgewichts zwischen dem inneren und äusseren Handeln, als Ursache und Wirkung, verstanden werden; denn diese aufzufinden, wäre dem menschlichen Beurtheiler, dem kein anderer Maaßstab als ein psychologisch empirischer gegeben ist, schlechthin unmöglich. Mithin kann nur ein approximatives und relatives Gleichgewicht gemeint seyn, welches auch hier, wie schon in andern Beziehungen, das Urtheil der Unvollkommenheit der menschlichen Strafjustiz ausdrückt. Das bürgerlich Gerechte muß sich hiernach mehr auf das nicht-Ungerechte beschränken, d. h. auf Vermeidung aller erkennbaren Ungleichmäßigkeiten, welche aus dem Uebergewichte des einen Moments über das andere an sich (absolut), und im Verhältniß zu andern Uebertretungen (relativ) entspringen, so daß das bürgerlich gerechte Strafmaaß mehr nicht, oder nicht viel mehr als ein nicht ungerechtes Maaß ausdrückt."

„Jedenfalls ist schon viel für die bürgerliche Strafgerechtigkeit gewonnen, wenn in ihr nur alle erkennbaren Ungerechtigkeiten vermieden werden. Solche Ungerechtigkeiten, d. h. wirkliche Verletzungen der Proportion zwischen Schuld und Strafe, sind aber im Ganzen leicht aufzufinden, jedenfalls leichter als die wahre Proportion, die vom menschlichen Standpuncte immer nur eine ungefähre seyn kann. Ueberhaupt ist die Auffindung von Mißständen in allen bürgerlichen Verhältnissen leichter, als die Herstellung des wahren Rechtsverhältnisses. In jener Beziehung pflegt das

Auge scharf und bestimmt die Mängel zu erkennen, weil sie sich überall von selbst vordrängen, während das Gute, da es bescheiden in den Hintergrund tritt, erst aufgesucht werden muß. Aber bei aller Tadelsucht, oder milder ausgedrückt Schärfe der Kritik, sind die meisten Menschen doch nicht so ungenügsam, als es den Anschein gewinnen möchte. Wie zufrieden und dankbar ist nicht schon ein Volk gegen seine Regierung, wenn dieselbe gewissenhaft alle erkennbaren Ungerechtigkeiten, Mißbräuche und Unbilligkeiten vertilgt, obgleich durch diese Vertilgung allein noch nicht das wahre Gute gewonnen wird. Was denkt es sich, und was verlangt es z. B. unter dem Namen der rechtlichen Gleichheit? Mehr nicht als den erträglichsten Grad der Ungleichheit, welcher schon erreicht ist, wenn nur alle erkennbaren und vermeidlichen Ungleichheiten vermieden, und, wo sie vorhanden sind, aufgehoben werden."

„Nicht anders verhält es sich mit dem gerechten Strafmaaße, welches das allgemeine Rechtsbewußtseyn in Anspruch nimmt. Man befrage in dieser Beziehung nur die öffentliche Meinung. Diese wird leicht, und nach einem sicheren Tacte, offenbare Verletzungen der Proportion zwischen Schuld und Strafe, d. h. die Extreme des zu streng und des zu mild — besonders nach gewissen ausschließlichen (Mittel-) Zwecken der Strafe, z. B. Abschreckung, Besserung und Prävention — erkennen, und deshalb den Gesetzgeber und Richter tadeln, wenn er dagegen verstößt. Soll sie dagegen bezeichnen, welches das wahre, das wirklich gerechte Strafmaaß sey, so kann sie dieß nur nach ungefähren Größen angeben, und wird auch mehr von dem Gesetzgeber und Richter nicht verlangen. Auch die Rechtsphilosophie muß hierauf eine genauere Antwort schuldig bleiben. Sie hat das freilich vor der öffentlichen Meinung voraus, daß sie sich der Gründe, worauf jene Mißverhältnisse beruhen, entweder überhaupt, oder besser als jene bewußt ist, und daß sie solche auch da, wo dieselben weniger offenkundig hervortreten, und daher dem öffentlichen Urtheile leicht entgehen, auffinden und aus Gründen nachweisen kann; allein mit der gewissenhaftesten und sorgfältigsten Vermeidung aller Mißverhältnisse ist das wahre Strafmaaß noch nicht

gegeben, sondern nur der erste Schritt zu demselben gewonnen. Das Weitere muß der gerechten und billigen Beurtheilung des Gesetzgebers und Richters nach einem ungefähren Maaßstabe überlassen bleiben. In dieser Beziehung wird auch jedes gewissenhafte Richtercollegium, mag dasselbe an ein gesetzliches Minimum und Maximum der Strafe gebunden seyn, also damit einen bestimmten (aber nicht immer gerechten) Anhaltspunct haben, oder mag es das Strafmaaß nach freiem Ermessen festzusetzen haben, bezeugen müssen, daß sein Urtheil im Wesentlichen auf derselben Grundlage wie die öffentliche Meinung beruhe, nämlich auf einem schwankenden und unsicheren, kurz auf einem bloß ungefähren Maaße; und wird insbesondere darin eine Beruhigung finden, daß die Strafe jedenfalls nicht als eine ungerechte, d. h. weder als zu streng noch zu mild, werde bezeichnet werden können — obgleich es sich dabei um Differenzen von Wochen, Monaten, ja Jahren der Freiheitsberaubung mehr oder minder handeln kann, die doch für die bürgerliche Freiheit und Ehre sehr bedeutende Momente sind. Allein mehr kann einmal von dem irdischen Gesetzgeber und Richter nicht verlangt werden, und mehr nimmt auch die öffentliche Meinung nicht in Anspruch."

„Bestätigt wird diese, ohnehin nicht zu bezweifelnde, Ansicht durch die jüngsten Verhandlungen der deutschen Kammern über die neuen Strafgesetzgebungen. Wer unter den verschiedenen Factoren der Gesetzgebung vermochte hier mit Bestimmtheit auszusprechen, welche Strafe die wirklich gerechte sey? Vielmehr hörte man nur zu oft bald von dieser, bald von jener Seite die Aeusserung: „an einer Goldwage lasse sich dieß nicht abwägen;" „ob einige Wochen, Monate, ja Jahre Gefängniß mehr oder minder, wer vermöge das zu beurtheilen?"; „man müsse, und könne nur nach einem mittleren Durchschnitte verfahren," und ähnliche Aeusserungen mehr. Am lebhaftesten wurde der Streit über das Strafmaaß in der württembergischen K. d. A. bei einer Reihe von vielen hundert casuistischen Artikeln mit unzähligen Maxima und Minima der Strafen, theils in ihrer eigenen Mitte, theils gegenüber von der I. Kammer und der Regierung geführt. Vgl. z. B. Comment. Thl. II. S. 115, 162, 729, 735, 741 ꝛc.

Dieser, so oft vergeblich geführte Kampf mußte zwar mißlingen, weil selbst die K. d. A. viel zu sehr an dem Grundgebrechen des Entwurfs, nämlich Abschreckung und Casuistik, hing, unproportionirte Strafen aber nur auf dem Boden des Rechts, und nicht der Criminalpolitik, wirksam bekämpft werden können. Allein im Allgemeinen erkannte sie richtig das Extrem der Strenge, und erwartete schon einen großen Gewinn für die bürgerliche Strafgerechtigkeit, wenn nur dieses Extrem gebrochen werde."

§. 119.

„Wie können nun aber solche Extreme entstehen, und wie dieselben wirksam vermieden werden?"

„Erstlich: ein extremes, d. h. unverhältnißmäßiges Strafmaaß, ist unvermeidlich, wenn die Rechtsphilosophie, oder vielmehr die Criminalpolitik, und mit ihr der Gesetzgeber und der Richter, für die Ausmessung der Strafe einen nächsten oder s. g. Mittelzweck der Strafe, es sey Abschreckung, oder Besserung, oder Prävention, unter was immer für einer Form aufstellen. Dieß hat die Beurtheilung der verschiedenen Nützlichkeitssysteme zur Genüge ergeben. Werden daher alle solche Mittelzwecke für die Ausmessung der Strafe zurückgewiesen, so ist dieß der erste Schritt zu einem bürgerlich gerechten Strafmaaße."

„Zweitens: sollen Extreme vermieden werden, so muß jedes erkennbare Uebergewicht des objectiven über das subjective Strafmaaß, und umgekehrt dieses über jenes sorgfältig vermieden werden, weil, wie nachgewiesen wurde, die gerechte Proportion nur auf dem Gleichgewichte beider, bloß scheinbaren (künstlich geschaffenen) Gegensätze beruht. Hiernach ergiebt sich die verschiedene Beurtheilung desselben Verbrechens je nach Dolus oder Culpa, Prämeditation oder Affect, Urheberschaft oder Beihülfe, Vollendung oder Versuch ꝛc. Allerdings können diese verschiedenen Verbrechensfälle mehr oder minder an einander gränzen, wie die bewußte Fahrlässigkeit an den (eventuellen) Dolus, die Beihülfe bei der That an die Urheberschaft, der von einem theilweisen Erfolg begleitete beendigte Versuch an das vollendete Verbrechen ꝛc. Allein, auch dann müssen sie hinsichtlich des Grades der Strafwürdigkeit von einander unterschieden werden, weil es an dem

einen oder andern, die Strafwürdigkeit erhöhenden Momente fehlt. Von dem vorbedachten vollendeten Verbrechen des Urhebers, welches gerade so, wie es vorliegt, Zweckbestimmung des Handelnden war, kann man im Allgemeinen sagen, daß sich hier die Grade der objectiven und der subjectiven Strafwürdigkeit das Gleichgewicht halten. Hat man daher für diesen Fall das entsprechende (ungefähre) Strafmaaß gefunden, so wird sich danach für die Fälle der Culpa, der Beihülfe, des Versuchs ein verhältnißmäßig geringeres Maaß auffinden lassen."

„Drittens: soll ein bürgerlich gerechtes Strafmaaß möglich seyn, so darf der Gesetzgeber nicht gegen das Verhältniß der Schwere, in welchem die verschiedenen Verbrechen zu einander stehen, also mit andern Worten nicht gegen die relative Proportion verstoßen. Zwischen den schwersten Verbrechen und dem leichtesten Vergehen liegt eine unendlich große Zahl von Verbrechen und Vergehen in der Mitte. Zu jenen pflegt man den Mord, und (als parricidium patriae nach Cicero) auch den Hochverrath zu zählen; allein letzterer ist selbst vom Standpuncte der neueren Strafgesetzgebungen so verschiedener Abstufungen fähig, und gilt daneben so leicht als consumirt, daß er nur in seiner höchsten Stufe, und über jenes Maaß der Vollendung hinaus, als schwerstes Verbrechen angesehen werden kann. Eben so umgekehrt, wenn geringfügige Injurien als das leichteste Vergehen bezeichnet werden, so dürfte dieß kein unbedingt passendes Beispiel seyn, indem z. B. einfache Entwendungen oder Betrügereien im Werthbetrage eines Kreuzers, oder (denn unsere Gerichte verlangen nicht einmal so viel) eines halben oder viertel Kreuzers, ein eben so geringes Vergehen bilden — wenn gleich das württ. Str.G.B. (Artt. 328, 335, 353 fg.) dieselben unter Umständen mit lebenslänglicher Infamie oder mehrjähriger Freiheitsstrafe bedroht."

„An das schwerste Verbrechen knüpfen sich abwärts gerechnet die Verbrechen zweiter, dritter Stufe ꝛc., wie aufwärts gerechnet an das leichteste Vergehen die leichteren und schwereren Fälle, zwar auch hier nur nach einer ungefähren Schätzung; allein ohne diese könnte eine gerechte Proportion gar nicht eingehalten werden,

und es ist schon als ein großer Gewinn zu betrachten, wenn nur alle erkennbaren Verstöße gegen die relative Proportion vermieden werden. Dieß ist nicht der Fall, wenn eine Gesetzgebung, wie z. B. die württembergische, den Diebstahl verhältnißmäßig weit strenger straft, als viele, selbst schwere Gewaltthätigkeiten gegen die Person; eben so Wilderei ꝛc. Freilich sind solche Verstöße gegen die relative Proportion leichter aufzufinden, als die wahre relative Proportion herzustellen."

„In dieser und in andern Beziehungen gewährt allerdings die öffentliche Meinung (die Volksansicht) dem Gesetzgeber und Richter einen wichtigen Anhaltspunct für das Strafmaaß (wozu aber freilich erst das wahre Mittel, sie zu erkennen, nämlich Oeffentlichkeit der Strafrechtspflege, eingeführt werden müßte). Denn viel weiter als die öffentliche Meinung reicht im Allgemeinen die Weisheit des Richters nicht, wenn ihn nicht der Gesetzgeber, statt an das Recht, an die Criminalpolitik verweist. Allein er darf jene nicht ohne weitere Prüfung annehmen. Zeigt es sich daher, daß sie unverkennbar im Widerspruch mit dem Rechtsgesetze steht, oder daß sie sich nur als Standes- oder Kastenmeinung geltend macht, so verdient sie so wenig Beachtung, daß es vielmehr die ernste und dringende Aufgabe des Gesetzgebers ist, ihr entgegen zu wirken, was ihm auch nach und nach, wenigstens in den meisten Fällen, gelingen wird. Konnte es z. B. dem württemb. Strafedicte vom J. 1824 gelingen, durch sein grundfalsches System der Freiheitsstrafen, welches in seinen Grundzügen noch fortbesteht, in so kurzer Zeit eine völlige Umänderung der öffentlichen Meinung über die bürgerliche Ehre und deren Verlust zu bewirken, (und eben jetzt befindet diese sich in einer kritischen Uebergangsperiode, indem sie genöthigt ist, Tausende von Verurtheilten, welche damals die Infamie traf, jetzt aber nicht mehr treffen würde, gleichwohl als Infamirte anzusehen): wie sollte nicht das Gleiche erzielt werden können, wenn es dem Gesetzgeber ernstlich darum zu thun ist, eine durch Vorurtheile mißleitete öffentliche Meinung zu berichtigen? Sollte ihm dieß auch nicht gelingen, so hat er wenigstens seine Ueberzeugung

ausgesprochen, daß ihm Wahrheit und Recht höher stehen als Vorurtheile."

„Welche Fälle hier vorzüglich gemeint seyen, hat zum Theil schon die Beurtheilung der von Groos'schen Abschreckungs-Theorie ergeben. Es gehören dahin z. B. die in den Annalen der deutschen Gesetzgebung beispiellosen Privilegien, welche das württ. Str.G.B., der Standesmeinung huldigend, für das Duell aufstellt (Commentar ꝛc. Thl. II. S. 1141 fg., 1157 fg.), und diesen entgegengesetzt, aber auf dem gleichen Grunde beruhend, die schweren, an das Mittelalter erinnernden Strafbestimmungen über die Wilderei, insbesondere: das Recht auf den fliehenden Wilderer zu schießen, was aber nur den Forst- und Jagdbedienten (nicht auch, wie in Hannover, den „adligen" Jagdberechtigten) zusteht (Commentar ꝛc. Thl. II. S. 651); die Bedrohung der bloßen Verabredung zur Wilderei, wenn auch nur von drei Personen (Bande genannt), mit Arbeitshaus von 6 Monaten bis zu 3 Jahren (Art. 185); die Steigerung der schon an sich sehr bedeutenden Strafe der Widersetzung bei Wilderei (Art. 396), wobei auf den Antrag der I. K. auch die Jagdberechtigten — adlige wie nicht adligen — unter den gleichen „besonderen Schutz" des Strafgesetzes gestellt sind; endlich die Steigerung des Minimum von 4 Wochen auf 3 Monate Gefängnißstrafe, wenn ein Wilderer, welcher sich unkenntlich gemacht hat, auf Anrufen nicht Stand hält — obgleich das Str.G.B. sogar die Flucht aus der Strafanstalt, wenn sie ohne Gewalt und Complott geschieht, für eine straflose Handlung erklärt, und Niemand es einem Schuldigen verdenken wird, wenn er davon springt. Aber um des Wildes willen mußte — in Verbindung mit jener privilegirten Menschenjagd — hier eine Ausnahme gemacht werden. Hieran knüpft sich noch eine neue Mittelstufe zwischen Wilderei und Jagdexceß, welche ausdrücken soll, daß arme Schelme streng, hingegen vornehme Wilderer, oder (um sie auch nicht dem Namen nach zu verunehren) Verletzer des Jagdrechts, wenn sie es nur nicht gewerbsmäßig treiben, sehr milde zu bestrafen seyen (Art. 394, Hufnagel, Commentar Thl. II. S. 699). Wie viel wird nicht schon gewonnen, wenn

solche Ungerechtigkeiten aufgehoben werden; denn ungerechte Strafen lasten zehnfach so schwer auf dem Schuldigen."

„Viertens: soll ein (ungefähres) gerechtes Strafmaaß möglich seyn, so muß der Gesetzgeber den Gedanken aufgeben, den Richter zu einer bloßen Subsumtionsmaschine unter das Gesetz zu machen. Denn, was gewinnt er damit? Mehr nicht als eine „constant ungerechte" Praxis, aber auch diese nicht einmal, weil aller Maxima und Minima ungeachtet das Ermessen der Gerichte nie ganz gebunden werden kann, und nun gar eine Divergenz der Praxis unvermeidlich ist, wenn man (wie in Württemberg), uneingedenk des Grundprinzips des inquisitorischen Processes, den zahlreichen (mehr als sechzig) Untersuchungs- oder Bezirksgerichten eine sehr ausgedehnte Strafgewalt einräumt, damit den Obergerichten keine zu große Last aufgebürdet werde. Allerdings ist die gleichmäßige Vertheilung der Lasten ein wichtiges staatsrechtliches Prinzip; allein als Prinzip für die Vertheilung der Strafgewalt unter die verschiedenen Ober- und Untergerichte, ja selbst die administrativen Strafbehörden (damit auch diese zur Erleichterung jener beitragen), ist es ein grundfalsches und verderbliches Prinzip, so lange noch der geheime Inquisitionsproceß besteht."

§. 120.

„Strafgesetze, welche so abgefaßt sind, daß sie den Richter in den meisten, oder doch in allen wichtigen Fällen nöthigen, eine Strafe festzusetzen, die er für ungerecht hält und halten muß, gehören nicht der bürgerlichen Strafgerechtigkeit, sondern dem Gegensatze derselben, dem Abschreckungsprinzipe, an. Allerdings sind Strafgesetze unentbehrlich, nicht aber zum Zweck der Abschreckung, also nicht in der Eigenschaft von Strafdrohungen, sondern darum, weil es bei der natürlichen Unvollkommenheit der bürgerlichen Strafgerechtigkeit einer Sicherung der individuellen bürgerlichen Freiheit gegen Irrthum, Partheilichkeit und Leidenschaft des Richters bedarf — wie denn wohl auch nur wenige Ehrenmänner gefunden werden dürften, welche die Verantwortung auf sich nehmen möchten, ohne alles Gesetz, lediglich nach ihrer subjectiven Ueberzeugung, über die wichtigsten irdischen Güter ihrer

Mitmenschen zu richten. Damit ist einerseits die Aufgabe des Gesetzgebers erschöpft, und andererseits soll auch der Richter nicht danach trachten, die ganze Verantwortung dem Gesetzgeber aufzubürden, was nur bei einer politisch-casuistisch-terroristischen Strafgesetzgebung möglich ist."

„Die Nothwendigkeit gewisser Schranken, und welcher, und in welchem Umfange, wird sich aus der Betrachtung der bisher entwickelten Prinzipe von selbst ergeben."

„Das erste Prinzip, welches den Umfang des Strafgebiets, im Gegensatze von dem bürgerlichen Unrecht, bestimmt, wurde in seiner Anwendung als schwankend und unsicher erkannt, so daß die Entscheidung dieser wichtigen, so überaus folgereichen Frage unmöglich dem Richter allein überlassen werden kann. Der Gesetzgeber aber, welcher hier Schranken zu setzen hat, soll von dem Grundsatze ausgehen: ohne Noth und im Zweifel kein Strafgesetz. Aber seit dem Baier'schen Str.G.B., welches hier zuerst die Bahn brach, d. h. von seinem Standpuncte von möglichst vielen Handlungen abschrecken wollte, war die Gelegenheit zu verführerisch, den Umfang des Strafgebiets auf Kosten des bisherigen Rechts, welches doch auf der Erfahrung vieler Jahrhunderte beruhte, zu erweitern, als daß die neueren Gesetzgeber nicht davon hätten Gebrauch machen sollen, unbekümmert darum, ob die wahren Merkmale des Verbrechens zutrafen oder nicht. Daß aber in constitutionellen Staaten die berathenden Kammern sich diese Erweiterungen so leicht gefallen ließen, ja daß nicht einmal Zweifel dagegen erhoben wurde, kann einzig daraus erklärt werden, daß man sich seither viel zu wenig mit rechtsphilosophischen, oder, was dasselbe ausdrückt, mit den legislativen Prinzipen des Strafrechts und deren Gründen befaßt hat."

„Auch das zweite Prinzip, welches die Qualität der Strafe, d. h. die qualitative Proportion zwischen Schuld und Strafe nach Maaßgabe der Gemeinschädlichkeit der Handlung bestimmt, wurde in seiner Anwendung als so schwankend und unsicher erkannt, daß die Entscheidung der Frage, mit welcher Strafart jedes einzelne Verbrechen zu belegen sey, unmöglich dem Richter allein überlassen werden kann. Dieß hieße ihm nicht nur die Wahl

zwischen den bestehenden Strafarten frei geben, sondern sogar ihn autorisiren, nach Gutdünken neue Strafmittel aufzufinden. Kann aber im gleichmäßigen Interesse der Gesammtheit, wie der individuellen bürgerlichen Freiheit — kurz im Sinne einer bürgerlichen Strafgerechtigkeit — weder das eine, noch das andere gestattet seyn: so ergiebt sich daraus die Nothwendigkeit einer doppelten Schranke. Der ersten, daß der Richter an die gesetzlichen Strafarten überhaupt; der zweiten, daß er für das zu beurtheilende Verbrechen an die speziell, oder an die mehreren alternativ daran geknüpften Strafarten zu binden ist."

„Wie weit sollen aber in letzterer Beziehung dem Richter Schranken gesetzt werden? Nicht weiter als zur Vermeidung eines — Mißbräuche oder doch Willkürlichkeiten besorgenden — ungebundenen Ermessens der Gerichte unumgänglich nöthig ist, also nicht zum Zweck der Abschreckung der Unterthanen, welcher viel weiter, und viel zu weit führen würde. Eine jede Gesetzgebung, welche bürgerlich gerechte Strafen will (und wollen soll), muß daher auch hinsichtlich der qualitativen Proportion ein gewisses freies Ermessen der Gerichte anerkennen, so weit von der Ausübung desselben keine, zum Voraus erkennbaren Nachtheile für die Rechtspflege zu besorgen sind. Dieß ist aber nicht der Fall, wenn, bei der Willkürlichkeit der Strafmittel an sich, dem Richter regelmäßig die Wahl zwischen zwei Strafarten gelassen wird; und wenn dieß nicht geschehen kann, so soll der Gesetzgeber sich jedenfalls davor hüten, daß er theilbare Strafen (wie Zuchthausstrafe und Ehrenstrafen) nicht zu untheilbaren macht, und dadurch zugleich die gerechte Ausmessung (Quantität) der Strafe dem Richter unmöglich macht, ihm also eine doppelte Fessel anlegt, von welcher die letztere vermieden werden kann und soll."

„Bei Kapitalverbrechen (die aber wirkliche, und nicht willkürlich geschaffene seyn müssen, wie es deren z. B. in dem württ. Str.G.B. so viele giebt) muß dagegen die Strafe absolut festgesetzt werden. So wie es auf der einen Seite gefährlich wäre, den Gerichten zu gestatten, Verbrechen, die an sich nicht zu den todeswürdigen gehören, wegen Concurrenz, Rückfall oder sonstiger die Schuld sehr erschwerenden Umstände, mit der Todes-

strafe zu belegen: eben so bedenklich würde es auf der andern Seite seyn, bei wirklichen Kapitalverbrechen der subjectiven Ansicht der Gerichte von der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit dieser Strafe einen Spielraum zu gewähren. Leicht wäre es dann, die Todesstrafe nach und nach factisch aufzuheben. Geschähe dieß bei einigen Gerichten, bei andern desselben Staats nicht, so würde eine solche Divergenz der Praxis in hohem Grade die bürgerliche Strafgerechtigkeit und das Zutrauen zu derselben gefährden. Kann einmal die Todesstrafe nicht entbehrt werden, so muß auch sicher darauf gezählt werden, daß sie gleichmäßig auf alle Kapitalverbrechen von Seiten der Gerichte in Anwendung gebracht werde."

„Auch das dritte Prinzip, welches die Quantität der Strafe, d. h. die quantitative Proportion zwischen Schuld und Strafe nach Maaßgabe der Gemeingefährlichkeit der Handlung bestimmt, stellte sich in seiner Anwendung als so schwankend und unsicher dar, daß für die Entscheidung auch dieser wichtigen Frage dem richterlichen Ermessen gewisse Schranken gesetzt werden müssen, aber nicht weiter, als zur Vermeidung von Mißbräuchen und Willkührlichkeiten unumgänglich geboten wird. So wie nun bei denjenigen Verbrechen, welche ihrer Natur nach verschiedenartige Abstufungen zulassen, die schwersten und leichtesten Fälle unterschieden werden können, so läßt sich auch ein denselben im Allgemeinen entsprechendes Maximum und Minimum der Strafe denken."

„Was zunächst das Maximum betrifft, so wird dieses durch verschiedene Momente bestimmt. Erstlich: durch die Natur der auf das Verbrechen zu setzenden Strafart, wie z. B. bei Freiheitsstrafen keine höhere Dauer als auf Lebenszeit gedacht werden kann, während bei Geldstrafen es keine natürliche Gränze für das Maximum giebt. Zweitens: durch die Beschaffenheit des Verbrechens an sich; denn so z. B. kann zwar wohl für Körperverletzungen der schwersten Art (die für den Verletzten und dessen Angehörige ein viel schwereres Uebel seyn können, als der Tod) unter Umständen die äusserste Dauer der Freiheitsstrafe gerechtfertigt erscheinen, niemals aber auch für bloße Beeinträchtigungen des Eigenthums, z. B. Diebstähle, wenn auch der schwer-

sten Art. Endlich: durch das Verhältniß der Schwere des Verbrechens zu andern, insbesondere angränzenden Verbrechen, weil die Proportion eine nicht bloß absolut (an sich), sondern zugleich relativ gerechte seyn soll."

„Nach den gleichen Momenten wird das Minimum für jedes einzelne Verbrechen gefunden, weshalb mit Rücksicht auf die Beschaffenheit desselben bei dem einen Verbrechen als Minimum gedacht werden kann, was bei einem andern das Maximum bildet. Anders aber als nach einer ungefähren Abschätzung können solche Endpuncte (Maxima und Minima) der Strafen nicht aufgestellt, also auch dem Richter nur ungefähr entsprechende Schranken (Strafrahmen) gegeben werden. Innerhalb dieser ist es dann seinem gerechten Ermessen überlassen, die Strafe nach Maaßgabe der concreten Verschuldung (jedenfalls nicht zu streng, und nicht zu mild) auszumessen. Für die zwischen den leichtesten und den schwersten Fällen in der Mitte gelegenen Fälle wiederum zwei, drei, vier ꝛc., und recht hohe Strafrahmen aufzustellen, das kann kein anderes Prinzip, als das der Abschreckung gebieten, welches aber auch von einer möglichsten Herstellung der Proportion zwischen Schuld und Strafe durch den Richter nichts wissen, sondern nur durch das Gesetz möglichst abschrecken will."

§. 121.

„Die durch die Idee der bürgerlichen Gerechtigkeit gebotenen Schranken von Minima und Maxima der Strafen (und dasselbe gilt von den absolut bestimmten Strafen) können indeß, wenn ein gerechtes Maaß eingehalten werden soll, für den Richter keine schlechthin unübersteiglichen Schranken seyn, sondern sie sprechen für ihn nur die Regel aus, weil sie auf der Betrachtung der gewöhnlichen Umstände und Verhältnisse beruhen. In dieser Eigenschaft, d. h. als Regeln, werden sie freilich in der Mehrzahl der Fälle für ihn bindend seyn, nicht aber binden sie ihn mit Nothwendigkeit für alle gedenkbaren Fälle. Wann nun aber der Richter von diesen Schranken abweichen dürfe, das kann wiederum nicht in sein bloßes Ermessen gestellt werden (denn dann bestänben absolut und relativ bestimmte Strafgesetze für ihn, oder als ihm Schranken setzend, nur zum Schein); sondern der Ge-

setzgeber muß die Gründe hiefür aufsuchen, und sie gesetzlich aussprechen."

„Hiernach ergiebt sich der Unterschied zwischen bloßen Zumessungsgründen der Strafe, und Milderungs- und Schärfungsgründen derselben. Jene wirken nur innerhalb der Strafrahme, beziehungsweise für die Wahl der Strafart, so weit solche dem Ermessen des Richters überlassen ist, und können weder gesetzlich erschöpft, noch hinsichtlich ihrer Wirkung auf die Ausmessung der Strafe bestimmt werden. Jenes nicht, weil Verbrechen unter den mannigfachsten Modalitäten verübt werden können, die keine Erfahrung erschöpft; dieses nicht, weil es sich hier von einem Abschätzen, d. h. von einem Abwägen und Gegenabwägen incommensurabler, stets qualitativ und quantitativ verschiedener Momente handelt, für welche es in abstracto gar keinen, eher noch in concreto einen Maaßstab giebt, so daß der Gesetzgeber hier Alles der gerechten Beurtheilung des Richters überlassen muß — selbst nach dem Abschreckungsprinzipe, so zahllos auch dessen Strafrahmen für jedes einzelne Verbrechen seyn mögen. In beiden Beziehungen verhält es sich umgekehrt mit den Milderungs- und Schärfungsgründen der Strafe. Denn diese lassen sich theils erschöpfen, theils ist ihre Wirkung eine fest bestimmte, welche das Gesetz nicht nur aussprechen kann, sondern soll, weil sonst alle jene richterlichen Schranken nur zum Schein beständen."

„Je mehr das richterliche Ermessen beschränkt wird, um so häufiger werden solche gesetzliche Milderungs- und Schärfungsgründe (jene bei einer zu strengen, diese bei einer laxen Strafgesetzgebung) in Anwendung kommen, und dadurch den Gerichten unnöthige Rechnungen auferlegt. Am auffallendsten ist aber die Erscheinung, wenn nach einem, das Gericht und das Publicum (württ. Str.Pr.O. Art. 266) mehrere Stunden beschäftigenden, terroristischen Rechenexempel, schließlich von der Strafe 25 bis 75 Procent in Abzug gebracht werden (württ. Str.G.B. Art. 115), wie wenn die gerechte Ausmessung der Strafe auf einem förmlichen Rechnen mit bestimmten Größen, auf einem Addiren und Subtrahiren beruhte. Solcher Mühe wird der Richter überhoben, dessen gerechtem Ermessen das Gesetz innerhalb

der bisher entwickelten Schranken vertrauet. Allerdings kann auch dieser eines gewissen moralischen Calculs nicht entbehren, aber nicht in der Weise, daß er jeden Zumessungsgrund zu einer gewissen Quantität Strafe anschlägt, dann addirt und wieder subtrahirt, vielleicht selbst dividirt; sondern jener Calcul besteht in einem allgemeinen Abwägen und Gegenabwägen, woraus sich die ungefähre Proportion von selbst ergiebt."

„Je weiter die gesetzlichen Endpuncte (Minimum und Maximum) von einander entfernt liegen, um so schwieriger ist es freilich eine solche ungefähre Proportion aufzufinden; allein die so häufig, und zwar in bedeutendem Maaße divergirenden Ansichten der Gerichtsmitglieder über die verdiente Strafgröße dürften im Allgemeinen mehr auf den oben entwickelten vermeidlichen Mängeln beruhen, als auf der natürlichen Schwierigkeit ein übereinstimmendes Strafmaaß zu gewinnen. Entweder nämlich üben hier, wo der subjectiven Ansicht der einzelnen Gerichtsmitglieder so Vieles überlassen ist, Abschreckung, Prävention, Besserung, wohl auch Wiedervergeltung, oder andere ungegründete Ansichten von der Strafe, einen schädlichen Einfluß auf dieselben aus; oder bei Andern ist es das objective Strafmaaß, welches ein unverhältnißmäßiges Uebergewicht über das subjective, oder umgekehrt, ausübt. Wiederum Andere sind im Allgemeinen mehr geneigt erschwerende Momente zu berücksichtigen, als entschuldigende, gleichsam als gingen letztere mehr die Moral als das Recht an. Namentlich gilt dieß von der Beschaffenheit der Motive. Je schlechter sich dieselben bei dem Verbrecher erzeigen, um so mehr Geneigtheit zur Strenge gegen denselben, während entschuldbaren, ja an sich edlen und lobenswerthen Motiven ein verhältnißmäßig weit geringerer Einfluß auf das Strafmaaß eingeräumt zu werden pflegt. Ueberhaupt vermißt man bei der Würdigung des Grades der Verschuldung nur zu oft (in welcher Beziehung das Abschreckungsgesetz den Richter verdorben hat) die Rücksicht auf den Menschen und den Unglücklichen, welcher zu richten ist. Gerechtigkeit und Humanität sind nicht bloß mit einander verträglich, sondern eine inhumane Gerechtigkeit bricht sich selbst den Stab. Nur Abschreckung und Humanität stehen einander entgegen."

§. 122.

„Was die allgemeinen Milderungs- und Schärfungsgründe der Strafe betrifft, so lassen sich dieselben eher erschöpfen, indem darunter nur besondere, ausserhalb der allgemeinen Natur des Verbrechens gelegene subjective Gründe verstanden werden können, welche den Grad der Strafbarkeit des Uebertreters ungewöhnlich herabsetzen oder erhöhen, für die daher jene Schranken nicht berechnet seyn können."

„Um mit den wichtigsten Straf-Milderungsgründen anzuheben, so beruhen die absolut bestimmten Strafen (die sich aber nur ausnahmsweise für einzelne Verbrechen rechtfertigen lassen), und die verschiedenen Strafminima, auf der Voraussetzung der normalen Geistesbeschaffenheit oder vollen Zurechnungsfähigkeit des Uebertreters, weil diese die Regel bildet, und der Gesetzgeber hier, wie überhaupt, nur von der Regel ausgehen kann. Hieraus ergiebt sich, daß diejenigen Gründe oder Momente, welche in ihrer höchsten Wirksamkeit alle Zurechnung ausschließen, wenn sie in einem niederen, aber doch so bedeutenden Grade vorhanden sind, daß die gesetzliche Strafe (diese als absolute Strafe, beziehungsweise in ihrem niedrigsten Maaße gedacht) ausser allem Verhältniß zu der Verschuldung stehen würde, von dem Gesetzgeber als Straf-Milderungsgründe anerkannt werden müssen. Die neueren Gesetzgebungen (unter ihnen z. B. auch das württ. Str.G.B.) sind noch viel zu ängstlich, diesen freilich sehr umfassenden, aber durch die Gerechtigkeit gebotenen, Milderungsgrund in seinem ganzen Umfange anzuerkennen, weil er die Abschreckung als Zweck des Strafgesetzes gefährden würde, obgleich ihn die gemeinrechtliche Doctrin längst allgemein anerkannt hat (Commentar ꝛc. Thl. 1 S. 687—91)."

„Ein zweiter, durch die Gerechtigkeit gebotener Straf-Milderungsgrund der Strafe ist der: wenn dem Uebertreter durch die Staatsgewalt oder deren Diener solche unverschuldete Uebel in Beziehung auf seine Uebertretung zugefügt sind, daß die Zuerkennung der gesetzlichen Strafe (in dem angegebenen Sinne) ein zweites Unrecht zu jenem ersten wäre. Gleichwohl ist dieser Milderungs- (oder vielmehr Compensations-) Grund, welcher unter

Umständen selbst als Tilgungsgrund der Strafe wirken kann, nicht einmal in dem württ. Str.G.B. anerkannt (Commentar ꝛc. Thl. 1 S. 779)."

„Ein dritter, durch die Idee der Gerechtigkeit, und zwar bei allen Verbrechen, wo er vorkommen kann, gebotener — also nicht bloß, wie nach dem württ. Str.G.B., nur bei einzelnen Verbrechen (z. B. Aufruhr, Entführung, Brandstiftung, Diebstahl ꝛc.) durch die Politik angerathener — Straf-Milderungsgrund ist der: wenn der Uebertreter aus freiem Antriebe die Folgen des von ihm verübten Verbrechens abwandte, also entweder gar keinen oder einen nur unbeträchtlichen Schaden anstiftete, oder denselben aus freiem Antriebe ersetzte. Denn dadurch wird aus objectiven, und zugleich aus subjectiven Gründen der Grad seiner Strafwürdigkeit so bedeutend herabgesetzt, daß es die größte Ungerechtigkeit wäre, dürfte der Richter dieses Moment nicht in seinem vollen Maaße würdigen. Trefflich hat dieß insbesondere Stelzer ausgeführt. Die neueren Gesetzgebungen sind zwar auch hier dagegen. Allein weshalb? weil sie dem Menschen in dem Verbrecher nicht trauen, wie sie diesen überhaupt in ihm nicht suchen, und daher auch nicht finden können. Der Gesetzgeber, welcher seine Strafbestimmungen nur auf Politik gründet, sieht in dem reuigen Verbrecher nur den aus Politik, nicht aus wahrer innerer Reue Handelnden — ganz im Sinne jenes Mißtrauens, welches zuerst Grolman in Alles, was zu Gunsten des Angeschuldigten spricht, hineingelegt hat. Darum thut es auch hier Noth, daran zu erinnern: suchet den Menschen in dem Verbrecher, so werdet ihr ihn finden, und dadurch die Strafrechtspflege mehr fördern, als durch den entgegengesetzten Weg, den das Gesetz bisher befolgt hat."

„Ein vierter Milderungsgrund wird durch die Rücksicht geboten, daß wenn das Gesetz gewisse Verbrechen wegen des, regelmäßig denselben zu Grunde liegenden, gemeinen oder niederträchtigen Motivs mit einer entehrenden Strafe (Infamie) belegt, diese Schranke wegfallen muß, so oft es sich in einem gegebenen Falle zeigt, daß das der Uebertretung zu Grunde liegende Motiv kein schlechtes (z. B. nur jugendlicher Muthwillen — und manche Leute blei-

ben in dieser Richtung lange jung), oder gar ein an sich gutes und lobenswerthes Motiv war, indem sich z. B. auch uneigennützige Diebe, Fälscher, Betrüger ꝛc.. denken lassen."

„Nicht aber kann ein (ungewöhnlicher) Zusammenfluß von vielen und wichtigen strafmindernden Momenten (Commentar ꝛc. Thl. 1 S. 656, 764) gesetzlich als Milderungsgrund anerkannt werden, theils weil die dem Richter nothwendig zu setzenden Schranken dadurch leicht eludirt werden könnten, mithin nur noch zum Schein beständen; theils weil es nach den bisher entwickelten Grundsätzen eines solchen höchst vagen Milderungsgrundes nicht bedarf. Für eine auf Territion gebauete Strafgesetzgebung ist er freilich wünschenswerth, damit der Richter wieder gut machen könne, was jene verfehlt hat. Allein eine solche Gesetzgebung muß ihn consequenter Weise eben deshalb verwerfen, wie dieß auch die Geschichte des Hannover'schen Strafgesetzes-Entwurfs bei der Beurtheilung von Bauer's Theorie ergeben hat."

„Ueberhaupt kann die bürgerliche Gerechtigkeitstheorie der Begnadigung nicht entbehren, sondern muß dieselbe als Schlußstein des Ganzen anerkennen. Sie will zwar, daß, so viel wie möglich, der Schuldige die verdiente Strafe (so weit solche aufgefunden werden kann) aus der Hand des Richters, und nicht des Begnadigers empfange; sie will also nicht, wie es die Abschreckungs-Gesetzgebungen thun, möglichst viel, und zwar in der Regel umsonst, auf die Begnadigung vertrösten. Wir sagen: umsonst; denn wie könnte der Begnadiger alle materiell ungerechten Strafurtheile mildern, ohne damit die ganze Gesetzgebung thatsächlich aufzuheben? Dagegen kann auch diese Theorie der Begnadigung nicht entbehren, und zwar darum nicht, weil nach ihr Schranken für das richterliche Ermessen bestehen und bestehen müssen, es daher nicht an Fällen fehlen wird, wo die Idee der Gerechtigkeit eine Begnadigung, als das einzig mögliche Mittel zur Ausgleichung des formellen Rechts mit dem materiellen, gebietet, ohne daß aber damit eine Zwangspflicht des Regenten, und ein derselben entsprechendes Recht des Verurtheilten, ausgesprochen wird. Denn theils ist mit dem rechtskräftigen Urtheile vom Standpuncte der bürgerlichen Verhältnisse der Bo-

den des Rechts verlassen; theils ist die Begnadigung nicht bloß auf die Ausübung rechtlicher Pflichten beschränkt, sondern schließt auch die Ausübung anderer Pflichten, theils moralischer, nämlich der Billigkeit und Humanität, theils politischer Pflichten in sich."

§. 123.

„Was die Strafschärfungsgründe betrifft, so giebt es ihrer verhältnißmäßig nicht viele, oder, wenn es ihrer giebt, so sind sie sehr häufig einer nur theilweisen, oder auch gar keiner Anwendung fähig. Der Grund hievon liegt theils darin, daß die schwersten Strafen, wenn sie nicht in rohe Barbareien ausarten sollen, keine Steigerungen zulassen, wodurch der bürgerlichen Strafgerechtigkeit, wenn sie den Verbrecher ganz so richten möchte, wie er es nach Maaßgabe seiner ungewöhnlichen Verschuldung verdient, von selbst gewisse Gränzen gesetzt werden; theils darin, daß Rückfall und Zusammenfluß gleichartiger Verbrechen (welcher letztere Fall zwar kein eigentlicher Schärfungsgrund ist, hier aber des Zusammenhanges wegen aufgeführt werden muß) nach Grundsätzen des Rechts keinen Uebergang von einer niederen zu einer höheren, und von dieser aufwärts gerechnet bis zur höchsten Strafart zulassen, weil ein solches Aufsteigen gegen das Prinzip der qualitativen Proportion verstoßen würde."

„Jedem Verbrechen muß nämlich, wie nachgewiesen wurde, in dem bürgerlichen Strafensysteme eine bestimmte Art der Strafe als entsprechend gedacht werden, weil die Wahl der Strafarten für jedes einzelne Verbrechen niemals in das richterliche Ermessen gestellt werden kann. Auf diese Weise entsteht eine relative qualitative Proportion der Strafen, welche durch Rückfall oder homogene Concurrenz nicht aufgehoben werden kann, weil eine Uebertretung ihrem Wesen nach unverändert dieselbe bleibt, wenn auch der Schuldige noch so oft in dieselbe zurückgefallen ist, oder noch so viele Uebertretungen derselben Art gegen ihn vorliegen. So lange aber eine Uebertretung ihren Character beibehält, kann auf sie, ohne Verletzung jener Proportion, keine für Verbrechen einer höheren Kategorie berechnete Strafart in Anwendung gebracht werden. Somit darf also des Rückfalls oder der gleichartigen (homogenen) Concurrenz wegen kein Uebergang von Geld-

strafe zur Freiheitsstrafe, von dieser nicht zu einer Ehrenstrafe, von beiden nicht zur Todesstrafe statt finden. Nur wenn, mit Rücksicht auf die verschiedenartige Beschaffenheit des Verbrechens an sich, das Gesetz eine alternative Strafe festgesetzt hat, würde es sich anders verhalten können. Allein dann handelt es sich nicht sowohl von dem Uebergange zu einer höheren Strafart, als vielmehr von einer gesetzlich gestatteten Wahl zwischen einer leichteren oder schwereren Strafart."

„Hiernach ergiebt sich, daß Rückfall und homogene Concurrenz als Strafschärfungsgründe nur mit der Wirkung anerkannt werden können, daß sie nöthigenfalls den Richter berechtigen, über das Maximum (die höchste gesetzliche Dauer) der im Allgemeinen für das betreffende Verbrechen festgesetzten Strafe hinauszugehen, niemals aber ihn autorisiren können, auf eine höhere Strafart überzugehen. Aber auch in jener Beziehung bestehen Gränzen, indem die Beschaffenheit des Verbrechens selbst eine quantitative Erschöpfung der zutreffenden Strafart rechtlich unmöglich machen kann. Soll nicht alle relative Proportion zwischen Schuld und Strafe vernichtet werden, so läßt sich z. B. für noch so viele concurrirende Diebstähle, und einen noch so oft wiederholten Rückfall in dieses Verbrechen, niemals lebenslängliche Freiheitsberaubung rechtfertigen. Selbst das württ. Str.G.B. giebt dieß zu, indem zu dem Maximum für einfachen Diebstahl (8 Jahre Zuchthaus) des dritten Rückfalls wegen nur ein Accessit von höchstens 10 Jahren Zuchthaus hinzukommt, also Haupt- und Nebenportion zusammen höchstens 18 Jahre betragen. Allein bei dem vierten, dem fünften ꝛc. Rückfall geht es mit diesem „höchstens" so fort, und selbst, wenn man das „mindestens" (die gesetzlichen Minima der Haupt- und der Nebenportion) im Auge hat, läßt das Str.G.B. den rückfälligen Dieb mit Unterbrechungen, deren Dauer von ihm selbst abhängt, nach und nach thatsächlich zu lebenslänglicher Freiheitsberaubung verurtheilen. Dieß heißt in der That den Götzen Mammon unter den „ganz besonderen Schutz der Strafgesetze" stellen, und hier gilt es (Matth. 6, 24): „Niemand kann zween Herren dienen; entweder wird er einen hassen und den andern lieben, oder er wird einem anhangen und den

andern verachten. Ihr könnet nicht dem Mammon dienen, und der Gerechtigkeit."

„Freilich Grolman läßt unverbesserliche Diebe gar noch hinrichten, und diese und andere nach seiner Ansicht nützlichen Folgen der Präventionstheorie veranlaßten Oersted vor nicht langer Zeit die Grolman'sche mit der Feuerbach'schen Theorie zu coaliren. Allein, was sagt die Gerechtigkeit dazu? Sie weiset der Strafe für den, auch noch so oft rückfälligen Dieb, die durch die Natur seines Verbrechens bestimmten qualitativen und quantitativen Schranken an, und fordert zugleich den Gesetzgeber um so dringender auf, die Strafanstalten so einzurichten, daß in ihnen der Verbrecher möglichst gebessert werde. Läßt man hingegen durch richterliches Urtheil ein solches Individuum nach erstandener Strafe gar noch unter besondere polizeiliche Aufsicht stellen (denn das Gericht, welches ihn zu beiden Strafen zugleich verurtheilt, soll von der Präsumtion seiner Unverbesserlichkeit ausgehen): so entzieht ihm das Gesetz sogar die Mittel zu einem ehrlichen Fortkommen, und nöthigt ihn dadurch, auch wenn er es nicht wollte, zur Fortsetzung seines diebischen Handwerks. So will man also den Mammon auf Kosten der Gerechtigkeit schützen, und giebt ihn umgekehrt Preis."

„Wie weit des Rückfalls, und wiederholter Rückfälle wegen bei denjenigen Verbrechen, wo derselbe erfahrungsmäßig am häufigsten vorkommt, über das, nach der schwersten Beschaffenheit des Verbrechens an sich festgesetzte Maximum der Strafe hinausgegangen werden dürfe, das läßt sich freilich nicht genau berechnen. Aber hier, wie überhaupt, ist schon viel für die bürgerliche Gerechtigkeit gewonnen, wenn Gesetzgeber und Richter nur alle erkennbaren Verstöße (Ungerechtigkeiten) vermeiden, und mehr noch, wenn der Staat die Freiheitsstrafen vorzugsweise dazu benutzt, wodurch sie sich vor allen andern Strafarten so sehr auszeichnen, nämlich zur Besserung, insbesondere von Gewohnheitsverbrechern, die aber keine bloß äussere seyn darf, sondern von innen heraus erzielt werden muß. Je mehr dieß erreicht wird und der Staat sich verpflichtet hält, auch die Vereine zur Besserung entlassener Sträflinge zu unterstützen, wie dieß in seinem eignen wohlverstandenen Interesse liegt: um so weni-

ger wird es wiederholter Untersuchungen und verschärfter Rückfallsstrafen bedürfen. Ein Maximum, über welches der Richter nicht hinausgehen, also das Maximum der Strafe an sich nicht steigern darf, muß jedenfalls gesetzlich festgesetzt werden, um dem gerade hier so leicht sich aufdringenden Terrorismus zu begegnen."

§. 124.

„Schon die bisherigen Betrachtungen über die Qualität und Quantität der Strafe haben die Unvollkommenheiten der bürgerlichen Strafgerechtigkeit in hohem Maaße ergeben. Allein damit ist das Maaß derselben lange nicht erschöpft, und namentlich bleibt noch die wichtige Frage zu beantworten übrig, ob nicht die gegenwärtig bestehende Proceßform (der geheime schriftliche Inquisitionsproceß) das Maaß der natürlichen Unvollkommenheiten auf unnatürliche Weise häufe, und dieß durch eine andere Proceßform, wenigstens in der Hauptsache, vermieden werden könne?"

„Wir setzen hiebei im Sinne der bisherigen Ausführung ein, zur Vermeidung größerer Unvollkommenheiten nothwendiges, in sich unvollkommenes Strafgesetz (eine Strafgesetzgebung) voraus, welches theils den Umfang des Strafgebiets, zur Abgränzung desselben von dem civilen Unrechte, kategorisch festsetzt; theils für jedes einzelne Verbrechen nach seinem gesetzlich ausgesprochenen Thatbestande, die demselben am mehrsten entsprechende Strafart, oder nach Umständen alternativ mehrere derselben, eben so kategorisch ausspricht; theils endlich da, wo es sich von theilbaren Strafen handelt, ein Maximum und Minimum (der Geld- der Freiheitsstrafen, und der Ehrenstrafe hinsichtlich ihrer Dauer) nach einem ungefähren Maaßstabe eben so kategorisch festsetzt, dabei aber gewisse Milderungs- und Schärfungsgründe aufstellt, um da, wo dieselben zutreffen, den Richter von den beiden letzt genannten Schranken (der allgemeinen qualitativen und quantitativen Proportion) zu befreien, auch hier unter kategorischer Festsetzung des tiefsten Herabsteigens, wie des höchsten Hinaufsteigens."

„Nun ergiebt sich vorerst von selbst, daß der Richter, dessen Thätigkeit wir bei der Anwendung eines solchen Strafgesetzes zu betrachten haben, nothwendig die Unvollkommenheiten desselben theilen muß.

Sind sie aber dort unvermeidlich, so können sie auch hier nicht vermieden werden. Denn das richterliche Urtheil ist nur der Spiegel oder Abdruck des Gesetzes, also auch der Unvollkommenheiten desselben. Mag indeß der einsichtsvolle Richter diese Unvollkommenheiten noch so sehr erkennen, so darf er darum nicht willkürlich von dem Gesetze abweichen. Denn es liegt auch bei einer unvollkommnen Gesetzgebung ein wichtiger Rechtsschutz darin, daß der Richter nicht minder dem Gesetz unterthan ist, als derjenige, welcher es übertreten hat, und über den er zu richten hat. Daraus folgt aber nicht, daß er für die Unvollkommenheiten des Strafgesetzes kein Auge zu haben brauche; vielmehr soll er, im Interesse der bürgerlichen Gerechtigkeit, sich von dem Werth und Unwerth desselben genaue Rechenschaft geben, wozu ihn seine Erfahrungen am sichersten in den Stand setzen, um für die Verbesserung der erkannten Mängel auf legalem Wege wirken zu können. Ein Richter, welcher bloßer Gesetzesdiener ist, erfüllt nur zur Hälfte seinen hohen Beruf; er vergißt was schon Ulpian sagt: **cujus (juris) nos merito sacerdotes appellamus.** Als Priester der Gerechtigkeit kann es ihm aber nicht gleichgültig seyn, unter welchem Gesetze er stehe, sondern er soll sich ein der Gerechtigkeit würdiges Gesetz zu verschaffen suchen."

„Zu den Unvollkommenheiten des Gesetzes, die sich in dem richterlichen Urtheile abspiegeln, kommen noch manche andere hinzu, die nicht das Gesetz, sondern der Richter allein zu verantworten hat, so weit überhaupt auf dem Gebiete einer, ihrer Natur nach unvollkommenen menschlichen Strafgerechtigkeit, bei einem gewissenhaften Richter von einer Verantwortlichkeit die Rede seyn kann. Betrachten wir zu diesem Behuf die Hauptaufgaben der richterlichen Beurtheilung. Diese zerfallen in die Beurtheilung der Thatfrage und der Rechtsfrage."

„Was zunächst die Thatfrage betrifft, so ist es Aufgabe des Richters zu beurtheilen, ob das Daseyn des Verbrechens an sich, die Thäterschaft des Angeschuldigten, seine Zurechnungsfähigkeit, und welche, die Strafbarkeit erhöhenden oder herabsetzenden Momente, als rechtlich gewiß zu betrachten seyen? In allen diesen Beziehungen läßt entweder das Gesetz die freie (subjective,

moralische) Ueberzeugung des Richters walten, bindet ihn mithin an keine Vorschriften des Beweises; oder es hält solche — also gewisse Schranken — für nothwendig, weil Irrthum, Uebereilung, Leidenschaftlichkeit und Partheilichkeit in der Person des Richters hier nicht minder das öffentliche Interesse und die individuelle bürgerliche Freiheit gefährden können, wie wenn hinsichtlich des Umfangs des Strafgebiets, der Qualität und der Quantität der Strafen dem Richter gar keine Schranken gesetzt wären."

„Diese letztere Ansicht ist die vom Standpuncte der bürgerlichen (d. h. unvollkommenen) Strafgerechtigkeit richtige und consequente. Die Art und Weise aber, wie hier gewisse Schranken zu setzen sind, ergiebt sich aus dem Satze, daß zwar das Gesetz dem Richter nicht vorschreiben kann, wann er eine rechtliche Ueberzeugung haben soll, wohl aber daß es ihm untersagen kann, unter gewissen Voraussetzungen einen Gegenstand der Untersuchung (eine Thatsache) als wahr oder gewiß anzunehmen, und rechtliche Folgen daran zu knüpfen. Auf diese Weise entstehen negative Beweisregeln, welche ein Minimum von Beweisgründen für die Annahme der Wahrheit einer Thatsache aufstellen, im Uebrigen aber die richterliche Ueberzeugung freigeben, d. h. dem Richter (nur) die Möglichkeit einer Verurtheilung gewähren, ohne ihm dieselbe in irgend einem Falle vorzuschreiben (zu gebieten). Ein solches Minimum von Beweisgründen kann indeß, je nachdem man einen mehr oder minder vorsichtigen, ja ängstlichen Gesetzgeber im Auge hat, von sehr verschiedenem Umfange seyn, oder wohl gar in der Hauptsache nur zum Schein bestehen. Denn, wenn der Gesetzgeber negative Beweisregeln nur für den directen, nicht auch für den indirecten Beweis aufstellt, d. h. wenn er den Anzeigen- und den zusammengesetzten Beweis völlig frei giebt, so wird es in den meisten Fällen dem Richter möglich gemacht werden, das hinsichtlich des directen Beweises Fehlende, z. B. den Mangel eines zweiten classischen Zeugen, oder der Gerichtlichkeit des Bekenntnisses ꝛc., anderweitig, namentlich im Wege des ohne Beschränkung gestatteten zusammengesetzten Beweises, zu ergänzen. Um aber Alles auszugleichen, braucht man

nur die übereinstimmenden Aussagen dreier verdächtigen Zeugen hinsichtlich ihres Beweiswerths den Aussagen zweier classischen Zeugen, also mit andern Worten den unvollständigen directen Beweis dem vollständigen gleich zu stellen — um im Wesentlichen gar keine negativen Beweisregeln zu haben. Dieß ist der Standpunct der neuen württ. Str.Pr.O., welcher kürzlich der Departements-Chef der Justiz nachrühmen konnte, daß „sie allein" auf dem wahren „Höhepuncte", nämlich der bisherigen unbeschränkten Praxis der württembergischen Gerichte, stehe, von welcher abzuweichen ein „Rückschritt" wäre."

„Ein solches Vertrauen zu der Unfehlbarkeit der Gerichte auszusprechen, hat bisher keine deutsche Proceßordnung gewagt, und man muß dieß Bedenken um so mehr billigen, weil sonst auch das richterliche Ermessen hinsichtlich des Umfangs des Strafgebiets, und der Qualität und Quantität der Strafen ganz freigegeben werden könnte und müßte. Nur freilich weicht die gesetzliche (negative) Beweistheorie der neuesten Gesetzgebungen vielfach und so wesentlich von einander ab, daß was nach der einen zur vollen Verurtheilung ausreicht, nach einer andern nur einen dringenden, nach einer dritten gar nur einen entfernten Verdacht der Schuld begründet, und demgemäß entweder zu einer halben Verurtheilung und halben Freisprechung (unter dem Namen bald der außerordentlichen Strafe, bald der Instanzentbindung), oder zur völligen Freisprechung des Angeschuldigten führt. Will man nun auch jene Mittelstufe, und gewiß mit Recht, völlig verwerfen, so hält es doch schwer, oder vielmehr ist es völlig unmöglich, eine negative Beweistheorie aufzufinden, welche auf der einen Seite eben so sehr dem Staat die volle Sicherheit gewährt, daß kein wirklich Schuldiger der verdienten Strafe je entgehen werde, wie auf der andern Seite den Unschuldigen oder minder Schuldigen vor jeder ungerechten Verurtheilung sichert. So zeigt sich also auch hier wieder die große Unvollkommenheit der menschlichen Strafgerechtigkeit."

„Aber völlig verfehlt ist eine Gesetzgebung, welche — und nun gar vom Standpuncte des geheimen, auf Trennung der Untersuchungs- von der erkennenden Behörde beruhenden, Inquisi-

tionsprocesses — darauf berechnet ist den Gerichten den Gedanken der Untrüglichkeit einzupflanzen, statt sie vielmehr auf das Menschliche in der Ausübung der menschlichen Strafjustiz zu verweisen; welche ferner nur ausnahmsweise für die Vertheidigung unvermöglicher Angeschuldigter aus amtlichen Mitteln sorgt, weil solche Defensionen nur „eitel Luxus und Ueberfluß" seyen; und welche überhaupt dem Angeschuldigten die Schutzmittel auf die mannigfachste Weise verkümmert, ja zu Angriffsmitteln umschafft."

„Sollen dem Richter gar keine, oder mehr nicht als scheinbare Schranken für die Beurtheilung der Thatfragen gesetzt werden, soll also mit andern Worten die freie subjective (moralische) Ueberzeugung des Richters entscheiden: so ist dieß ohne Anklageproceß und Mündlichkeit des Verfahrens im höchsten Grade bedenklich, und mancher Unschuldige oder minder Schuldige wird es Gott und seinem Gewissen bezeugen — wenn auch nicht vor seinem irregeleiteten, oder partheilichen Richter beweisen — können, welch' schweres Unrecht ihm geschehen sey. Erwäge doch nur der Richter selbst, den auf diese Weise das Gesetz als unfehlbar hinstellen möchte, wie oft sich die Ueberzeugung des Gerichts, dessen Mitglied er ist, nur in der Majorität Einer Stimme ausspricht; wie das ihm untergeordnete oder vorgesetzte Gericht häufig der entgegengesetzten Ansicht ist; wie wenig er auf den Grund todter Acten ein eigentlich sicheres Urtheil gewinnen kann, und wie vielfach gefährlich die Mittel sind, welche dem inquisitorischen Processe zur Entdeckung der Wahrheit gegeben sind, einer Wahrheit, die freilich die materielle Wahrheit seyn soll, aber nur zu oft nicht ist."

„Auf der andern Seite, wenn das Gesetz dem Richter zu wenig trauet, d. h. wenn es ihm hinsichtlich der Beurtheilung der Thatfragen zu enge Schranken setzt, so werden dadurch zum großen Nachtheile des Rechtszustandes häufige Freisprechungen wirklich Schuldiger unvermeidlich; ja es kann dann, wie die Erfahrung gelehrt hat, selbst dahin kommen, daß die Angeschuldigten ihr Gespött mit einer solchen Gesetzgebung und darauf gegründeten Strafjustiz treiben. Wollen dieß die Gerichte nicht dulden, so werden sie zur Umgehung der gesetzlichen Beweistheorie Mittel und Wege ersinnen, und zuletzt, wie die Geschichte der gemein-

rechtlichen Doctrin und Praxis lehrt, in eine schrankenlose Willkür verfallen."

„Zwischen jenem Ueberschätzen und diesem Mißtrauen liegt das gehörige Vertrauen zu den Gerichten in der Mitte. Dieses beruht eines Theils auf der Erkenntniß der Fehlbarkeit des menschlichen Urtheils, andern Theils auf der Beobachtung dessen, was nach dem ordnungsmäßigen Gange der Dinge zu geschehen pflegt. Jene Rücksicht gebietet dem Gesetzgeber die Aufstellung gewisser Schranken im Interesse der Unschuld, wenn auch auf die Gefahr hin, daß der eine oder andere Schuldige freigesprochen werden möchte; diese dagegen gewährt ihm und dem Richter die Beruhigung, daß in der Regel den wirklich Schuldigen die verdiente Strafe treffen, der Unschuldige dagegen oder minder Schuldige, wenn nicht eine ungewöhnliche Verkettung von Umständen eine unvermeidliche Täuschung bewirkt, von der Strafe, und wo möglich auch von der Untersuchung, befreiet seyn werde."

„Hiernach trägt auch diese, unter verschiedenen Modalitäten von den neueren Proceßordnungen befolgte, mittlere (negative) Beweistheorie das Gepräge der menschlichen Unvollkommenheit an sich, und überträgt dieses unvermeidlich auf das richterliche Urtheil, welches innerhalb der gesetzlich bestehenden Schranken gefällt wird. Aber auch die freie Reflexion des Richters innerhalb dieser Schranken ist nicht vor Irrthum, Uebereilung und falschen Schlüssen gesichert. Namentlich gilt dieß, wenn der Beweis der Thäterschaft oder des Daseyns des Verbrechens (z. B. eines Hochverraths) nur durch Indicien hergestellt werden kann, weil der Verdacht leicht Alles zu Anzeigen umschafft (Verdacht saugt aus Allem Gift), aus Einer Anzeige in ihren verschiedenen Richtungen oder Beziehungen künstlich eine Mehrheit von Indicien schafft, Gegenanzeigen geschickt zu Anzeigen macht, und nichtssagenden Indicien durch ihre Stellung in dem Syllogismus und durch die Art ihrer Combination einen Werth beilegt, welcher ihnen von Rechtswegen nicht zukommt. Selbst die Schranken, welche das Gesetz dem Richter gerade bei dem Indicienbeweise setzt, können keinen Schutz gegen solche, oft unwillkürliche Verstöße gewähren."

„Eben so große Schwierigkeiten kann, wie die Beurtheilung der deterministischen Systeme ergeben hat, die Imputationsfrage dem Richter gewähren, so daß auch hier mannigfache Fehlgriffe, zum Nachtheil wie zum Vortheil des Angeschuldigten, gedacht werden können. Denn häufig steht der Fall geradezu an der Gränze der Zurechnung, und selbst die Ausmittelung des so genannten Milderungsgrundes der verminderten Zurechnung kann viele Zweifel darbieten. Eben so, ob der Thäter mit Vorbedacht oder nur im Affect, ob er dolo eventuali, alternativo, generali, oder nur culpa dolo determinata handelte. Wie kann sich bei diesen, so häufig über Tod und Leben entscheidenden Fragen der Richter auf das, was der rechtskundige und planmäßig von Stufe zu Stufe fortschreitende Inquirent dem rechtsunkundigen, sich selbst überlassenen Angeschuldigten oft unbewußt abgelockt hat, in der Weise verlassen, um mit Sicherheit ein Urtheil darauf zu gründen? Gleichwohl lehrt die Erfahrung, daß der Richter nicht nur dieser Methode vollständig vertrauet, sondern sogar seinen Unwillen nicht bergen kann, wenn der zu besserer Erkenntniß gelangte Angeschuldigte oder dessen Defensor dem, wohl gar belobten, Untersuchungsrichter seinen schwer errungenen Sieg streitig zu machen sucht. Der Richter beruhigt sich eben bei dem Satze: was der Angeschuldigte frei zu seinem Nachtheil aussage (und das so genannte freie Bekenntniß ist ein sehr dehnbarer Begriff), dem stehe die Präsumtion der Wahrheit zur Seite; was er dagegen zu seinem Vortheil vorbringe (und dazu gehört auch der Widerruf) die der Lüge entgegen. Daß aber auch s. g. freiwillige Bekenntnisse des Angeschuldigten, namentlich über die subjective Seite seiner That, sehr häufig nichts anderes als erzwungene oder unbewußte Lügen desselben sind, daran scheint man nicht zu denken, oder will wenigstens nicht daran glauben."

§. 124.

„Hinsichtlich der Beurtheilung und Entscheidung der Rechtsfrage durch den Richter wird es sich nicht anders, als hinsichtlich der Entscheidung der Thatfrage verhalten, daß nämlich auch hier die Unvollkommenheiten der menschlichen Strafjustiz, nur in anderer Form, hervortreten werden. Zwar die erste

Frage, welche das Daseyn des Verbrechens (den s. g. objectiven Thatbestand) betrifft, scheint keine eigentlichen Schwierigkeiten gewähren zu können. Denn, wie sollte der Richter nicht leicht ausmitteln können, unter welches besondere Strafgesetz die vorliegende Handlung zu subsumiren sey, da er ja nur die Merkmale des Gesetzes (in abstracto) mit den in concreto als vorhanden (erwiesen) angenommenen zu vergleichen braucht?"

„Allein, was lehrt dagegen die Erfahrung? Vorerst, daß schon im Laufe der Untersuchung nicht selten von einem Verbrechen in ein anderes, von diesem in ein drittes ꝛc., kurz, so lange fort inquirirt wird, bis zuletzt der Inquirent einen sicheren Boden gewonnen zu haben glaubt. Hier befindet sich der Angeschuldigte in einer höchst gefährlichen Lage. Denn der mit Recht gegen die Geschwornengerichte geltend gemachte Einwand, daß in den meisten Fällen die Thatfrage nicht trennbar von der Rechtsfrage sey, paßt entschieden auch auf den inquisitorischen Untersuchungsproceß, weßhalb hier (wie bei der Erforschung der subjectiven Seite der That) der Angeschuldigte nothwendig eines rechtskundigen Beistandes bedarf, wenn er sich nicht selbst eine Grube des Verderbens graben soll. Allein man begnügt sich damit, es lediglich der Beurtheilung des Gerichts zu überlassen, welches von den verschiedenen möglichen Verbrechen ihm wirklich zur Last falle, und die Entscheidung dieser Frage kann oft sehr zweifelhaft und schwierig seyn. Soll also das Gericht das Verbrechen **A**, oder **B**, oder **C**? Soll es Vollendung oder nur Versuch, und welche Stufe des Versuchs? Soll es Urheberschaft oder nur Beihülfe, und welche Art derselben? Oder soll es bloß Begünstigung oder gar nur Mitwissenschaft annehmen? Diese Fragen, von deren richtigen Entscheidung zunächst die Qualität und Quantität der Strafe abhängt, können in der Weise zweifelhaft seyn, daß vielleicht nur die Majorität Einer Stimme zum Nachtheil des Angeschuldigten den Ausschlag giebt. Besonders hart wirkt dieß, wenn, wie nach der württ. Str.Pr.O., bei Stimmengleichheit (in bezirksgerichtlichen Straffällen — bis zu 2 Jahren Gefängnißstrafe) dem mit votirenden Vorstande noch eine zweite Stimme, oder (wie in kreisgerichtlichen Straffällen) dem Vorstande die

entscheidende Stimme eingeräumt wird, statt in solchen Zweifelsfällen, wie es die bürgerliche Strafgerechtigkeit gebietet, die für den Angeschuldigten günstigere Ansicht entscheiden zu lassen. Aber was gebietet nicht Alles die Wahrung der Auctorität von Abschreckungsstrafgesetzen? Nach diesen muß sich nothwendig auch die Proceßordnung richten."

„Noch größere Zweifel entstehen bei einer casuistischen Strafgesetzgebung, welche in endloser Zersplitterung der Gattungsverbrechen, nicht nur für jede Art derselben nach ihren verschiedenen Graden drei, vier, fünf, oder noch mehr Strafrahmen festsetzt, sondern auch für den Fall, daß es der Geschicklichkeit des Inquirenten nicht gelingen sollte, etwas Relevantes aufzudecken, vorsorglich einen oder mehrere Lückenbüßer aufstellt, die, wenn sie gleich nicht mehr in das Gebiet der Verbrechen und Vergehen gehören, doch eine entfernte Verwandtschaft mit denselben haben. Je mehr selbstständige Verbrechen nun aber das Gesetz aufstellt, um so näher ist ihre Verwandtschaft unter einander, und je näher diese, um so schwieriger die Entscheidung der Frage, welches Verbrechen in dem gegebenen Falle vorliege, oder als vorhanden anzunehmen sey?"

„Ist aber auch diese Frage — vielleicht nur durch Majorität Einer Stimme, oder durch Doppelzählung derselben — zum Nachtheil des Angeschuldigten entschieden: so entstehen neue Verwickelungen und Zweifel dadurch, daß das Gesetz für das als zutreffend angenommene Strafgesetz eine Reihe von Strafrahmen festgesetzt hat, von welchen der schwerste vielleicht Todesstrafe, die weiteren Freiheitsstrafen in verschiedener Art und Abstufung enthalten. Da hier, vermöge der besonderen Merkmale jeder einzelnen Rahme, der allgemeine Thatbestand des Verbrechens sich in eben so viele besondere Thatbestande auflöst, als Strafrahmen aufgestellt sind: so fragt es sich weiter, ob in dem vorliegenden Falle der Thatbestand der Ziffer 1, oder 2, oder 3 ꝛc. als vorhanden anzunehmen sey? Auch diese Frage, von deren Beantwortung Tod oder Leben, lebenslängliche oder nur zeitliche Freiheitsstrafe, einfache oder mit Infamie, abhängt, kann durch eine geringe Majorität zum Nachtheil des Angeschuldigten ent-

schieden werden, und gilt nach der Entscheidung als materielle Wahrheit."

„Man braucht nur Hufnagel's belehrende Präjudicien-Sammlung zu dem württemb. Str.G.B. zur Hand zu nehmen, um sich zu überzeugen, daß durch solche casuistische Strafgesetzgebungen, die, gewiß keiner willkürlichen Vermehrung bedürftigen, Unvollkommenheiten der menschlichen Strafjustiz auf eine sehr bedeutende Weise vermehrt werden, und daher, auch ohne Abschreckungsprinzip als Norm derselben, vermieden werden müssen. Nicht nur wird dadurch die Zahl der Controversen, man sagt gewiß nicht zu viel, hundertfach gesteigert, zum offenbaren Nachtheil für die Strafjustiz, welche immer saumseliger hinter den Verbrechen zurückbleibt; sondern sie sind auch eine überreiche Quelle der abweichendsten Gerichtspraxis, die nicht minder zum Nachtheil der Strafjustiz gereicht, so daß man nicht selten sagen kann: wohl dem, der diesem, und wehe dem, der jenem Gerichte zur Beurtheilung zufällt! Dieß kann zwar auch bei einer einfachen Gesetzgebung nicht vollständig vermieden werden, weil die Ausübung der Strafjustiz nie eine ganz gleiche seyn kann. Allein der Takt, der bei einem freieren Ermessen des Richters zuletzt entscheiden muß, erfordert jedenfalls keinen derartigen Aufwand von Zeit und Gelehrsamkeit, wie ihn solche casuistische Gesetzgebungen in Anspruch nehmen. Je einfacher das Strafgesetz, um so einfacher auch das Rechtsprechen, welches dann um so mehr mit dem Sittengesetze, worauf es beruht, und mit der öffentlichen Meinung übereinstimmen wird."

§. 125.

„Ist die Frage über den Thatbestand des, und welches Verbrechens durch Stimmenmehrheit entschieden, so hat letztere dann weiter über das verdiente Strafmaaß zu entscheiden. Wie verschieden auch hier die Ansichten der einzelnen Gerichtsmitglieder seyn können, und auf welchen Gründen diese Abweichungen beruhen, ist bereits oben, wo von dem Maaßstabe der Strafe vom legislativen Standpuncte die Rede war, nachgewiesen worden, braucht daher hier nicht wiederholt zu werden. Ja, wenn im Schooße des Gerichts keine natürliche Stimmenmehrheit für ein niederes

oder höheres Strafmaaß gewonnen werden kann, weil sich die Votanten in drei oder mehr Meinungen spalten, so muß man sich sogar (wie bei andern Fragen) mit einer künstlichen Stimmenmehrheit durch Hinzurechnen fremder Stimmen begnügen, weil einmal ein Beschluß gefaßt werden muß; und einen solchen durch halb erzwungene Stimmenmehrheit zu Stande gebrachten Endbeschluß will man vom Standpuncte des inquisitorischen Processes gar noch für das materielle Recht — für das wirklich gerechte, das wirklich verdiente Strafmaaß, ausgeben."

„Wer weiß es aber nicht, wie menschlich es bei dem Beschlußfassen gar oft herzugehen pflegt (was Oberjustiz-Rath Wiest in seiner Schrift: Ueber die Mündlichkeit im Strafverfahren, Schaffhausen 1844, in dieser Richtung ausgeführt hat, ist ganz aus dem Leben gegriffen), und wie trüglich insbesondere die Quellen sind, aus welchen der Richter seine Kenntniß von dem Grade der Verschuldung zu schöpfen hat. Ja, vom Standpuncte des geheimen Inquisitionsprocesses ist er nicht einmal im Stande eine selbstständige Ansicht darüber zu gewinnen, sondern muß sich innerhalb einer fremden Anschauungs- und Auffassungsweise bewegen."

„Zu diesem Behuf müssen wir einen kurzen Blick auf den inquisitorischen Proceß werfen."

„Betrachten wir hier, als von besonderer Wichtigkeit, zunächst den Untersuchungsrichter in Untergerichts- (bezirksgerichtlichen) Straffällen, so finden sich in demselben verschiedene, mit einander unverträgliche Functionen vereint, welche ihre Culmination in der württ. Str.Pr.O. erreicht haben. Nach dieser vereint der Inquirent in sich die Functionen erstens: eines Anklägers wenn auch nicht dem Namen, doch der Sache nach; zweitens: eines Richters, d. h. Instruenten in der von ihm selbst erhobenen Anklage; drittens: eines Actuars, indem er zu seiner Controle das Protocoll selbst führt; viertens: eines (materiellen) Defensors des Angeschuldigten, weßhalb letzterer eines Rechtsbeistandes nur zum Ueberfluß oder zur etwaigen Chikane bedarf; fünftens und sechstens: eines Referenten und Votanten, nöthigenfalls siebentens: mit zwei Stimmen. Hier ist das erkennende Bezirksgericht (besonders, wenn die Vo-

tanten aus ungelehrten Mitgliedern bestehen) in die Ansicht des Inquirenten so vollständig gebannt, daß an eine selbstständig gewonnene Ueberzeugung desselben gar nicht gedacht werden kann. Dieß heißt mit andern Worten, den schon in der Untersuchung und für dieselbe gefährlichen Einfluß des Untersuchungsrichters über diese hinaus, bis auf die Zuerkennung einer zweijährigen Freiheitsstrafe, selbst in Verbindung mit lebenslänglicher Infamie, durch eine ihm zum Nachtheil des Angeschuldigten eingeräumte doppelte Stimme, erstrecken. Ist dann ein solches Urtheil gefällt, so wird der Verurtheilte vor den möglichen nachtheiligen Folgen des Recurses (welche die Str.Pr.O. dreimal hervorhebt), förmlich verwarnt, und sollte er sich auch dadurch nicht abschrecken lassen, so wird er, wenn er vermögenslos ist, lieber freiwillig von jedem weiteren Schritte abstehen, weil die öffentliche Meinung nicht daran glaubt, daß, wie schon der Untersuchungsrichter und das erstinstanzliche Gericht, so auch die Recursbehörde vollständig die Stelle eines tüchtigen Rechtsbeistandes vertreten werde."

„In Obergerichts =(kreisgerichtlichen) Straffällen fallen zwar die zuletzt genannten Functionen des Inquirenten, nämlich als Referenten und Votanten mit nöthigenfalls zwei Stimmen, weg; auch hat die Str.Pr.O. zweckmäßig die, zwar dem künftigen Referenten bequemen, aber für die Gewinnung einer selbstständigen Ueberzeugung gefährlichen Hauptberichte des Untersuchungsrichters aufgehoben. Allein eine wirklich selbstständige Ansicht zu gewinnen, ist das Obergericht eben so wenig im Stande, weil es an den Inhalt der Acten, also mit andern Worten an die in denselben ausgeprägte Auffassungsweise des Inquirenten gebunden ist. Denn wie wäre ein Inquiriren ohne einen bestimmten Plan möglich? Somit steht also dem Obergericht kein anderes Urtheil zu als das: ob der von dem Inquirenten verfolgte Plan zu einem Resultate geführt habe, oder nicht, während vom Standpuncte eines andern Inquirenten die Sache eine andere Form und Färbung erhalten, kurz, ganz andere Resultate gewährt haben würde. Dieß heißt doch offenbar das Gericht nöthigen, tanquam e vinculis sermocinari. Zwar kann dasselbe, wenn es Einseitigkeiten und Lücken in den Acten wahr-

nimmt, Vervollständigungen anordnen. Allein diese führen nicht leicht zum Ziele, weil sie für den Inquirenten eben so lästig als empfindlich zu seyn pflegen (denn ein gewisser Vorwurf ist immer damit ausgesprochen), weßhalb sie, wie Wiest bemerkt, nur da, wo sie unumgänglich nöthig sind, angeordnet zu werden pflegen. So kann also der Fall eintreten, daß aus unvollständig erkannten Acten dem Gericht Vortrag gehalten wird (worüber der Inquirent in bezirksgerichtlichen Straffällen am meisten Herr ist), und wenn dann auch unter Umständen ein Correferent bestellt wird, so wird dieß wieder dadurch paralysirt, daß ihm zur Beschleunigung der Sache die schriftliche Relation des Referenten mitgetheilt, d. h. die Gewinnung einer selbstständigen Ansicht des Correferenten erschwert wird. Indeß, auch der Referent ist ja an die Acten gebannt, kann daher nur eine innerhalb derselben gelegene Ansicht gewinnen, und wiederum das Collegium, da es die Acten nicht selbst liest noch lesen kann, kann sich eine Ansicht über den zu entscheidenden Straffall nur nach Maaßgabe des Vortrags des Referenten bilden, ist mithin genöthigt, durch eine doppelte Brille zu sehen, nämlich durch die des Inquirenten, und die des Referenten — weil es der eigenen Augen und Ohren entbehren soll."

„Hierauf passen die Worte der Schrift (Psalm 115): „Augen haben sie, und sehen nicht, Ohren haben sie, und hören nicht, Hände haben sie, und greifen nicht, Füße haben sie, und regen sie nicht;" und (Jerem. 12, 2): „Du Menschenkind wohnest unter einem ungehorsamen Hause, welches hat wohl Augen, daß sie sehen könnten, und wollen nicht sehen, Ohren, daß sie hören könnten, und wollen nicht hören, sondern es ist ein ungehorsames Haus." Und in der That ein Richtercollegium, dessen Symbol eine „mit verbundenen Augen dargestellte Gerechtigkeit" ist, ist ein ungehorsames, d. h. den Geboten der Natur widerstrebendes Haus, oder vielmehr eine Einrichtung, welche, in Verbindung mit dem inquisitorischen Verfahren überhaupt, zwar wohl zu dem Abschreckungsprinzipe, dessen kräftigste Stütze sie ist, passen mag, dagegen eine menschliche Strafgerechtigkeit schlechthin unmöglich macht."

„Geht man, im Sinne der bisherigen Ausführung, von der unvermeidlichen Unvollkommenheit aller menschlichen Einrichtungen, also auch der bürgerlichen Strafgerechtigkeit selbst bei dem gewissenhaftesten, gerecht und human gesinnten Gesetzgeber und Richter aus, und berücksichtigt man die besonderen Schwierigkeiten, welche die Beurtheilung der That- und Rechtsfragen gewähren: so ist es das erste und dringendste Gebot der Gerechtigkeit alle Mittel aufzusuchen und anzuwenden, durch welche eine, auf selbstständig gewonnener Ueberzeugung der Gerichtsmitglieder gegründete, und dadurch möglichst sichere Beurtheilung des Straffalles gewährt wird. Wie nahe liegen nicht diese Mittel, die man nur aus falscher Politik verschmäht."

„Will man ein wahrhaft abschreckendes Bild von dieser, alles Bessere verschmähenden, allen Unsicherheiten und Gefahren ungerechter Verurtheilungen Thür und Thor öffnenden Politik gewinnen, so betrachte man nur die neue württ. Str.Pr.O. vom Jahre 1843. Diese läßt nämlich, ungeachtet von ihrem Standpuncte der Richter keine andere Ueberzeugung von der Glaubwürdigkeit des Angeschuldigten und der wider ihn abgehörten Zeugen gewinnen kann, als in den Acten (also nach der oft einseitigen Auffassungsweise des Inquirenten) niedergelegt ist, ohne alle Schranken eine Verurtheilung selbst auf den Grund collidirender Zeugenaussagen (Art. 317, Commissions-Bericht der K. d. A. zu Artt. 303—7 des Entw. der Str.Pr.O.), collidirender Bekenntnisse (Commissions-Bericht zu Art. 258), und collidirender Anzeigen (daselbst zu Artt. 303—7) zu, wenn nur in allen diesen Fällen, nach einer in den Commissionsberichten entwickelten künstlichen Berechnung, das Wider das Für „um etwas" überwiegt. Eben so läßt sie Verurtheilungen schon auf den Grund mehrerer entfernter, wenn auch nur durch Anzeigen, ja nicht einmal vollständig erwiesener Anzeigen zu (Comm.-Bericht zu Art. 294); desgleichen auf den Grund der Aussage eines verdächtigen Zeugen, in Verbindung mit einer, wenn auch nur durch Anzeigen erwiesenen entfernten Anzeige (Comm.-Bericht zu Artt. 298—299), indem für den zusammengesetzten, wie für den Anzeigenbeweis so gut wie gar keine negative Schranken bestehen.

Endlich gestattet sie auch eine Verurtheilung auf den Grund der Aussagen von mehr als zwei verdächtigen Zeugen, selbst wenn diese nicht beeidigt werden können (Art. 314) — und dieß Alles auf den bloßen Grund der Untersuchungsacten und des Vortrags des Referenten, welcher „zur Beschleunigung der Sache" nicht einmal mehr schriftlich abgefaßt zu seyn braucht, sondern theilweise auch mündlich erstattet werden darf (Art. 347) — wodurch man sich, wie Wiest bemerkt, ein Gukuksei in das eigne Nest gelegt hat."

„Je mehr das Gesetz der subjectiven Ueberzeugung des Richters hinsichtlich der Beurtheilung der Thatfrage überläßt, um so unerläßlicher und dringender ist die Anforderung, das Strafverfahren so einzurichten, daß dem Richter die Möglichkeit einer selbstständigen Ansicht gewährt wird, die durch wechselseitigen Austausch jedenfalls der Wahrheit um Vieles näher kommen wird, als wenn die Gerichtsmitglieder sich nur innerhalb einer fremden Auffassungs- und Anschauungsweise bewegen können. Noch gefährlicher und widersprechender ist es, die solchergestalt hinsichtlich der Beurtheilung der Thatfrage fast emancipirten Gerichte, bei der Beurtheilung der Rechtsfrage sklavisch an ein Abschreckungsgesetz mit unzähligen Abschreckungsstrafskalen zu binden, also denselben Richter in derselben Sache zum absoluten Herrn über die höchsten irdischen Güter des Menschen zu bestellen, und diese Herrschaft wiederum nur dem Gesetz zu überlassen."

Die bürgerliche Strafgerechtigkeit, wie sie auf der einen Seite alle Abschreckungsstrafen, und alle Ungebundenheit des Richters hinsichtlich der Beurtheilung der That- und der Rechtsfragen verwirft und verwerfen muß: so gebietet sie auf der andern Seite eben so kategorisch, daß mit Rücksicht auf die Fehlbarkeit der menschlichen Erkenntniß (auch der mögliche böse Wille kann mit in Betracht kommen) dem richterlichen Ermessen in beiden Beziehungen, d. h. sowohl hinsichtlich der That- als der Rechtsfragen, gewisse Schranken gesetzt, und zugleich dem Richter die Möglichkeit einer selbstständigen Ansicht gewährt, kurz der seither blinden Gerechtigkeit die Binde abgenommen werde, damit sie so hell sehend werde, als überhaupt menschlicher Einsicht die Wahrheit zu erkennen ver-

gönnt ist. Denn an eine Untrüglich- oder Unfehlbarkeit der Strafjustiz kann niemals gedacht werden."

§. 126.

„Haben sich endlich bei der Untersuchung, Berathung und Entscheidung über die statt gehabte Uebertretung die möglichen Fehlbarkeiten erschöpft, so kann sich schließlich noch bei der Vollziehung der Strafe die Unvollkommenheit der menschlichen Strafgerechtigkeit in mannigfacher Weise äussern. Ungeachtet nämlich das Rechtsgesetz auf dem Gebiete des Unrechts keinerlei Privilegien anerkennen kann, mithin eine gleiche Bestrafung des Verbrechers unter gleichen Umständen gebietet: so vermag es gleichwohl nicht zu verhindern, daß nicht die zuerkannte Strafe in ihrer Vollziehung höchst ungleich wirke, und dadurch thatsächlich schwere Verbrecher leicht, und umgekehrt leichte Uebertreter schwer, vielleicht sehr schwer bestraft werden, was für die mit möglichster Gewissenhaftigkeit hergestellte Proportion zwischen Schuld und Strafe ein neuer Abbruch ist. Denn wie verschieden eine und dieselbe Strafe je nach Verschiedenheit des Alters, des Geschlechts, des bürgerlichen Standes, der Vermögensverhältnisse, und anderer Umstände wirke, das läßt sich, auch ohne die Erfahrung zu befragen, gleichsam schon a priori nachweisen. Vergleicht man z. B. eine, wenn auch nur kurze Freiheitsstrafe für einen, am Rande des Grabes stehenden Greis mit derselben Strafe für einen rüstigen jungen Menschen, oder eine Ehrenstrafe, ausgesprochen gegen ein notorisch schlechtes Subject, und gegen einen sonst ehrenhaften (besonders, nicht durch seine Handlung, sondern erst durch das Gesetz der Ehre beraubten) Mann — welch' ein, man möchte sagen, unermeßlicher Unterschied, der durch die Gegensätze von Strafbarkeit und Straflosigkeit kaum einmal genügend bezeichnet wird. Und doch, wie vermöchte der Richter diese ungleiche Wirkung der Strafe zu vermeiden? Er kann ja auch nicht verhindern, daß nicht eine zeitliche Freiheitsstrafe durch den vor ihrem Ablauf eintretenden Tod des Gefangenen, für diesen thatsächlich zu einer lebenslänglichen werde (und das Sterben im Gefängniß ist etwas sehr herbes), wie umgekehrt, daß nicht eine lebenslängliche Freiheitsstrafe (nach dem württ. Str.G.B.

über die Dauer von 25 Jahren) durch den frühen Tod des Verurtheilten, für diesen thatsächlich zu einer bloß zeitlichen werde. Aber auch die Verschiedenheit des Alters kann bei zwei wegen desselben Verbrechens zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurtheilten die größte Ungleichheit bewirken, wie z. B. wenn ein junger Mensch sein Leben im Zuchthause beschließen soll, oder ein um zwanzig oder mehr Jahre älterer. Allein wie kann die bürgerliche Gerechtigkeit diese ungleiche Wirkung der Strafe vermeiden? Eben so hat bei Vergehen, welche nur mit Geldstrafen belegt sind, der Vermögliche offenbar einen Vorzug vor dem Unvermöglichen, welcher für das, was er nicht zahlen kann, im Gefängniß büßen muß. Denn, wollte man ihn für straflos erklären, so wäre Armuth ein Privilegium und Freibrief für die Verübung aller solcher Vergehen."

„Selbst die Todesstrafe wirkt sehr ungleich; dem einen (und wohl den Meisten) erscheint sie als die schwerste Strafe, einen Andern schreckt sie weniger, ein dritter verachtet sie gar, und ein vierter nimmt sie (was auch bei Freiheitsstrafen vorkommen kann) sogar als eine Wohlthat aus der Hand der bürgerlichen Strafjustiz in Anspruch. Für den letzteren Fall, d. h. um vom Morde aus Lebensüberdruß abzuschrecken, giebt freilich das Abschreckungsprinzip den Rath an die Hand, nur lebenslängliche Freiheitsstrafe anzudrohen. Allein theils würde dadurch dem schon zum lebenslänglichen Zuchthause Verurtheilten ein Freibrief für alle in der Strafanstalt aus Lebensüberdruß verübte Mordthaten ausgestellt werden; theils gehört diese Unvollkommenheit der menschlichen Strafgerechtigkeit noch zu den geringsten, weil erfahrungsmäßig seltenen, Unvollkommenheiten, und diese überhaupt zu beseitigen, kann keiner Theorie, selbst nicht dem Mechanismus des Abschreckungsprinzips gelingen."

„Dagegen hat man, um die ungleiche Wirkung der Strafen zu vermeiden, wenigstens bei Freiheitsstrafen (der gegenwärtig regelmäßigen Strafart) die bürgerlichen Verhältnisse und die Bildungsstufe des Uebertreters in so weit berücksichigten zu sollen geglaubt, daß für Angeschuldigte dieser Kategorie, neben den gemeinen (allgemeinen) Gefangenhäusern besondere Strafanstal-

ten unter dem Namen Festungen oder denselben gesetzlich gleichgestellte Anstalten einzurichten seyen, um sie nicht durch das Zusammenleben mit rohen ungebildeten Verbrechern verhältnißmäßig weit härter, als diese zu bestrafen. Allein consequenterweise müßte dann auch auf Alter, Geschlecht, und andere Umstände, die eine eben so große, wo nicht größere Ungleichheit des Strafleidens bewirken können, Rücksicht genommen werden, und da dieß nicht geschieht, so werden die s. g. gemeinen Sträflinge solche Anstalten für Standesstrafanstalten, also für ein Privilegium halten, worin sie auch durch die öffentliche Meinung unterstützt werden, welche einen Festungsstrafgefangenen mit andern Augen zu betrachten pflegt, als einen gemeinen Sträfling. So unvollkommen ist mithin die bürgerliche Gerechtigkeit, daß sie, indem sie nur schroffe Ungleichheiten aufzuheben trachtet, unvermeidlich ein gewisses Privilegium schafft."

„Jedenfalls darf der Gesetzgeber kein so fehlerhaftes System aufstellen, wie es das württ. Str.G.B. thut, welches nach zwei Seiten ungerecht wirkt. Nach der einen Seite, indem es den Festungsarrest bis zur Dauer von drei Monaten zu einem wirklichen Privilegium (nämlich zu einer bloßen Confination innerhalb der Ringmauern der Festung) macht; auf der andern Seite, indem es den zum Zuchthause (von fünf Jahren angerechnet) Verurtheilten unbarmherzig in das Zuchthaus stößt, obwohl der Unterschied zwischen dem Zucht- und dem Arbeitshause, und die Androhung bald dieser bald jener Strafe für das eine oder andere Verbrechen rein willkürlich ist, wie wiederholt auch von der K. d. A. richtig anerkannt wurde. Da ausserdem der Art. 23 sehr bedeutende Beschränkungen aufgestellt hat, welche bei dem verschwenderischen Gebrauche entehrender Strafen höchst bedenklich sind, so wird man sich theils den Bau von neuen, der Festung „gleichgestellten Anstalten" ersparen können, theils mit der Schrift (Evang. Matth. 14, 22) sagen müssen: „Viele sind berufen, aber Wenige sind auserwählt."

„Endlich zeigt sich die Unvollkommenheit der bürgerlichen Strafgerechtigkeit bei dem Strafvollzuge noch in einer andern Richtung, welche nicht übergangen werden darf. Wenn nämlich aus be-

sonderen Gründen die gesetzlich verwirkte Strafe nicht vollzogen werden kann, so bleibt, wenn nicht Strafloſigkeit oder nur theilweise Bestrafung des Uebertreters eintreten soll, nur übrig, eine Surrogatstrafe gegen ihn in Anwendung zu bringen. Diese Surrogatstrafe kann natürlich keine neue Strafart seyn, sondern muß innerhalb der zuläſſigen Strafarten gewählt werden. In dieser Beziehung stellt sich aber, vermöge ihrer Theilbarkeit, die Freiheitsstrafe als die natürlichste und zweckmäßigste Surrogatstrafe dar. Nun setze man, daß eine Prügelstrafe (oder wie sie höflicher genannt wird, körperliche Züchtigung) nicht vollzogen oder nicht zu Ende geführt werden kann, aus Furcht den Schuldigen krank oder vielleicht gar todt zu prügeln; oder daß eine Ehrenstrafe unvollziehbar wird, weil der Verbrecher schon früher in dieselbe verurtheilt worden ist, oder wegen concurrirender Verbrechen mehrmal dieselbe erstehen soll; oder daß ein Unvermöglicher die verwirkte Geldstrafe nicht, oder nur theilweise erlegen kann. Für diese und ähnliche Fälle muß sich nun die bürgerliche Strafgerechtigkeit die Frage aufwerfen, wie viel Tage, Wochen, Monate oder Jahre Gefängniß einem Hiebe, dem Verlust der Ehre oder des Dienstes, und einem Gulden gleichstehen? eine Frage, die bei incommensurabeln Größen nicht anders als in hohem Grade unbefriedigend beantwortet werden kann. Und doch darf der Gesetzgeber die Antwort hierauf nicht schuldig bleiben, weil von den Surrogatstrafen das Gleiche gelten muß, wie von den Normalstrafen, daß es nämlich zu bedenklich wäre, das richterliche Ermessen allein darüber entscheiden zu lassen. So bleibt also nichts übrig, als ungefähre Proportionen gesetzlich auszusprechen, mit dem Bewußtseyn, daß, wie in so vielen andern Beziehungen, so auch in dieser das Bessere an der Beschränktheit der menschlichen Erkenntniß scheitert."

§. 127.

„Aller dieser Unvollkommenheiten der bürgerlichen Strafgerechtigkeit ungeachtet, können sich vom Standpuncte dieser Theorie der Gesetzgeber und der Richter, wie der Verbrecher und das Volk, dabei beruhigen, daß sie auf den Boden des Rechts, und nicht einer bloßen Criminalpolitik gestellt sind. Diese Theorie

will nämlich, so weit es die Beschränktheit der menschlichen Einsicht und die bestehenden Verhältnisse zulassen, den Verbrecher wegen des von ihm verübten Verbrechens (quia peccavit), nach Maaßgabe seiner bürgerlichen Verschuldung (pro modo delicti) gestraft wissen. Zu diesem Behuf setzt sie sich als erste Aufgabe, alle erkennbaren Ungerechtigkeiten und Inhumanitäten zu vermeiden, und als zweite, auf dem so gereinigten Boden, für die als Verbrechen erkannten Handlungen ein ungefähres (approximativ und relativ gerechtes) Strafmaaß in qualitativer und quantitativer Hinsicht aufzustellen — mit dem Alles durchdringenden Bewußtseyn der Fehlbarkeit der menschlichen Erkenntniß in der Person des Gesetzgebers und des Richters, wie der Gebrechlichkeit der menschlichen Natur in der Person des Verbrechers, von welchem der Mensch und der Unglückliche nicht getrennt gedacht werden können."

„Dieses Bewußtseyn sichert nicht nur den Richter vor einer sich dünkenden Unfehlbarkeit, welche leicht entsteht, wenn einerseits das Gesetz seiner subjectiven Ueberzeugung zu viel vertrauet, andererseits ihn nöthigt, halb mechanisch die Strafe nach gewissen Abschreckungsstraftabellen festzusetzen; sondern jenes Bewußtseyn sichert zugleich ihn und den Gesetzgeber vor Härten und Inhumanitäten, und weiset sie zur Milde und zur Humanität hin, so weit dieselben mit dem Ernste der Strafjustiz vereinbar sind. Denn wie gegründet ist nicht in den meisten Fällen die Besorgniß, daß dem Verbrecher zu viel geschehen möge? Nur die Criminalpolitik, nicht aber das Recht, kann Milde und Humanität verwerfen; ja eine inhumane Gerechtigkeit widerspricht sich. Denn das Rechtsgesetz, als Theil des Sittengesetzes, ist kein entsittlichtes, sondern ein besittetes Recht, und das Sittengesetz kann keinen andern Ausspruch thun als die christliche Sittenlehre, welche bei aller Strenge, die sie aufstellt, zugleich Milde und Barmherzigkeit des Richters über den zu Richtenden gebietet. Von dieser Pflicht kann sich auch in einem christlichen Staate keine christliche Obrigkeit lossagen, und Strafgesetze, welche ihre Anwendung so gut auf civilisirte Heiden, wie auf Christen finden könnten, gereichen einem christlichen Staat jedenfalls zur Unehre."

„Auf der andern Seite darf die bürgerliche Strafgerechtigkeit sich nicht anmaßen, Gottes Richteramt auf Erden zu vertreten. Denn wie sollten ihre Unvollkommenheiten eine Vergleichung mit der Vollkommenheit der göttlichen Gerechtigkeit zulassen? Entweder muß man daher das Menschliche vergöttlichen, oder das Göttliche vermenschlichen, wenn einem solchen Gedanken Raum gegeben werden soll. Das eine, wie das andere ist aber gleich widersprechend. Vor der bürgerlichen Strafgerechtigkeit ist Jeder gerecht, wenn er das Gesetz achtet und nicht übertritt, aber „vor Gott ist kein Lebendiger gerecht" (Ps. 143, 2), und „müssen die Menschen Rechenschaft geben von einem jeglichen unnützen Wort, das sie geredet haben" (Matth. 12, 36). Der bürgerlichen Strafgerechtigkeit bleiben viele Missethaten verborgen, oder können nicht bewiesen werden; aber „Meine Augen sehen auf alle eure Wege, daß sie vor mir sich nicht verhehlen können, und eure Missethat ist vor meinen Augen unverborgen" (Jerem. 16, 17), und „der Herr wird ans Licht bringen, was im Finstern verborgen ist, und den Rath der Herzen offenbaren" (1 Corinth. 4, 5.). Die bürgerliche Strafgerechtigkeit kann die verdiente Strafe nur nach einem ungefähren Maaßstabe festsetzen, und ist trügerisch; aber „Ich der Herr kann das Herz ergründen, und die Nieren prüfen, und gebe einem Jeglichen nach seinem Thun, nach den Früchten seiner Werke", (Jerem. 17, 10), „nachdem er gehandelt hat bei Leibes Leben, es sey gut oder böse" (2 Corinth. 5, 10)"

„Gleichwohl läßt sich nicht verkennen, daß diese bürgerliche Gerechtigkeitstheorie der moralischen Vergeltungstheorie insofern nahe steht, als sie (§. 110) die Strafe nicht auf die Zukunft, sondern lediglich auf die Vergangenheit bezieht; das Recht, aus welchem der Strafbegriff abgeleitet wird, Theil (und nicht Gegensatz) der Moral ist; die Prinzipe für den Umfang des Strafgebiets und für die Qualität und Quantität der Strafe aus dem sittlichen Fundamente (Rechts- oder Verpflichtungsgrunde) der Strafe, und nur aus diesem, abgeleitet werden, wodurch jedenfalls ein approximativ und relativ gerechtes (nicht ungerechtes) Strafmaaß gewonnen wird; endlich der Verbrecher auch als Mensch und als Unglücklicher berücksichtigt werden, und überhaupt die Strafjustiz

des Staats den, nicht nur mit der Idee der Gerechtigkeit vereinbaren, sondern auch durch die unvollkommene, weil menschliche, bürgerliche Strafgerechtigkeit gebotenen Character der Humanität annehmen soll."

§. 128.

b. Schauberg.

Obige Theorie hat der Verf. schon früher in ihren Grundzügen dargestellt, hier aber zuerst vollständig entwickelt. Er nannte sie, und nennt sie noch jetzt, eine bürgerliche Gerechtigkeitstheorie, was nicht eine „absolute relative" Theorie ausdrückt, sondern eine relative Rechts-Theorie, im Gegensatze theils der absoluten, theils der (relativen) Nützlichkeits-Theorieen, von welchen jene für Staat und Menschen gar nicht berechnet sind, diese hingegen alles Rechts entbehren, weil sie das Nützliche zum Maaßstabe des Rechtlichen erheben. In der Classification der Systeme gehört sie demnach den von Schulze, Martin, Weber, Welcker und Andern aufgestellten Rechts-Systemen an, und stimmt hinsichtlich des Fundaments der Strafe namentlich mit Welcker's Theorie überein. Wer auch diese Rechtstheorie eine Nützlichkeitstheorie nennen, und nur den absoluten Theorieen den Namen Gerechtigkeitstheorie beilegen will, dem kann dieß freilich nicht verwehrt werden; allein ob seine Ansicht richtig sey, ist eine andere Frage.

Mag es auch, wie nicht geläugnet werden kann und soll, eine bekannte Wahrheit seyn, daß die menschliche Strafgerechtigkeit nur eine unvollkommene sey, und seyn könne; hat denn aber die Rechtsphilosophie diese Wahrheit seither dazu benutzt, wozu sie benutzt werden kann und soll, nämlich zur Humanisirung der bürgerlichen Strafgerechtigkeit? Heben nicht vielmehr die meisten Theorieen mit einer Zuversicht an, und enden auch mit solcher, wie wenn es ihnen gelungen wäre, alle Zweifel und Probleme vollständig gelöset zu haben, weil sie sich um die Anwendbarkeit ihrer Prinzipe oder die Resultate, welche sie in ihrer Anwendung gewähren, gar nicht kümmern, als ginge dieß die Rechtsphilosophie nichts an? In dieser Richtung sind besonders die Nützlichkeitstheorieen belehrend, indem sie es vorzugsweise erkannten, was

die Aufgabe einer Strafrechtstheorie auf dem Gebiete der practischen Philosophie sey; und dieß ist auch als die Ursache anzusehen, weßhalb sie sich so lange die Herrschaft sicherten. Endlich, fragt man wohl überhaupt — einige Theorieen, namentlich die Besserungstheorieen, abgerechnet — viel nach einer Humanisirung der bürgerlichen Strafgerechtigkeit, nach humanen Gesetzgebern und Richtern, wie wenn dieß wiederum die Rechtsphilosophie nichts anginge? Wie sehr dieß aber die Rechtsphilosophie angehe, das zeigen die vielen schroffen und inhumanen Strafgesetzgebungen der neueren, und selbst der neuesten Zeit, denen man daher andere legislative Prinzipe entgegensetzen muß, wenn Abhülfe und Verbesserung möglich werden soll.

Jedenfalls liegt keine Anmaßung in einem Systeme, welches Demuth und Bescheidenheit lehrt, und eine Gerechtigkeit will, welche, als bürgerliche Gerechtigkeit, auf der einen Seite den Gegensatz von der göttlichen Vergeltung, auf der andern von der, die Gerechtigkeit zerstörenden Criminalpolitik bildet.

Auf diese Ideen sind auch bereits einige Schriftsteller, nur in verschiedenem Sinne, eingegangen, namentlich Schauberg: Ueber die Begründung des Strafrechts, München 1832, von Preuschen, Die Gerechtigkeitstheorie ꝛc., Gießen 1839, und der ungenannte Verfasser der Schrift: Ueber die höchsten Prinzipe von Recht, zur Begründung eines Natur- oder Vernunftrechts, insbesondere des Criminalrechts, Frankf. 1841.

Unter diesen Schriftstellern setzt der erstgenannte (Schauberg) den Rechtsgrund der Strafe darin, „die durch die Vernunft gebotene Herrschaft der Gesetze (des Rechts) zu realisiren. Mehr als diese allgemeine Idee, könne aber die Vernunft nicht geben. Sie sey also weder im Stande, von sich aus eine bestimmte Gränze zwischen dem civilen Unrecht und dem Verbrechen aufzustellen, noch die einem jeden einzelnen Verbrechen entsprechende Qualität und Quantität der Strafe aufzufinden. Hiernach bleibe die Bestimmung und Begränzung dieser Prinzipe „nur der Politik überlassen", die aber freilich eben so wenig im Stande sey, hier auf festbestimmte, ein für allemal gültige Normen festzu-

stellen, so daß die bürgerliche Strafjustiz unvermeidlich unvollkommen und wechselhaft sey".

„Ist nämlich, heißt es (a. a. O. S. 35), das Strafrecht des Staats nur ein Mittel, um die Herrschaft des Rechts oder des Gesetzes zu verwirklichen, um jede gesetzwidrige Handlung zu unterdrücken und zu vernichten: so ist schon mit diesem Ausspruch das Strafrecht in die Erfahrung, in die Politik verwiesen. Die Vernunft an sich giebt nur die allgemeinen Ideen und Zwecke, denen die Menschen nachstreben sollen; der Verstand muß dann in der Erfahrung die Mittel erforschen und aufsuchen, durch welche jene Ideen zur Realität gebracht, jene Zwecke erreicht werden können. Nun lehrt aber die Erfahrung, daß die Strafe zu den wesentlichen Mitteln gehört, um dem (gebietenden und verbietenden) Gesetze die von der Vernunft gebotene Herrschaft zu verschaffen, und daß derjenige, dem eine Strafe zugefügt wird, und mit ihm Andere um so eher geneigt sind, das Gesetz nicht weiter zu übertreten. Durch diese Erfahrung geleitet, begnügt sich der Staat nicht bloß mit, dem Verbrechen nachfolgenden Mitteln, sondern strebt ihnen dadurch vorzubeugen, daß er seine Gesetze in Strafgesetze umwandelt. Jedes Strafgesetz ist seiner Natur nach ein politisches Gesetz, jede Strafe eine politische Maßregel, indem die Politik überhaupt die Wissenschaft ist, welche die Art und Weise lehrt, wie die Idee des Staats in der Wirklichkeit am vollkommensten zu erreichen sey. Die Strafgesetzgebung ist also die reine Aufgabe der Politik, und nur aus ihr können die eigentlichen Grundsätze für die strafbaren Handlungen, für die Art (Qualität) und das Maaß (Quantität) der Strafe entnommen werden. Wer die Grundsätze aus dem Rechte an sich schöpfen wollte, würde aus einer trockenen Quelle schöpfen."

„Wird auf diese Weise die Strafgesetzgebung zu einem Gegenstande der Politik, so wird sie damit dem Rechte „nicht völlig" entzogen, und dem „schrankenlosen" Ermessen der Willkür anheimgestellt. Auch die Politik hat ihre unverletzlichen Gesetze, und beschäftigt sich mit nichts Anderem, als mit der Verwirklichung der Rechtsidee. Sie verbindet allein das absolute Recht

mit der Erfahrung, und trifft nach den in der Wirklichkeit gegebenen Verhältnissen die Anordnungen und Maßregeln, welche den Rechtszustand erhalten und sichern sollen. Da diese Anordnungen und Maßregeln jedoch durch die Thatsachen der Erfahrung bedingt sind, so können sie nicht als ein absolutes Gebot des Rechts constituirt werden (das Strafgesetz ist kein kategorischer Imperativ, wie Kant sagt); sondern die Politik kann frei von jeder absoluten Rücksicht diejenigen Anordnungen und Strafen verfügen, welche in dem einzelnen Staate, bei diesem Volke, und zu dieser Zeit als innerhalb der durch den Staatszweck bezeichneten Gränzen nothwendig und zweckmäßig sind (das Strafgesetz kann also, wie Krug Handbuch der Philosophie Thl. 2 S. 165 sagt, nur ein hypothetischer Imperativ seyn). Somit beruhen alle seither aufgestellten Theorieen auf einem völlig falschen Grunde, und die Entscheidung ihrer Probleme muß einem ganz andern Richterstuhle übergeben werden."

„Fragt man demnach zuerst nach dem Rechtsgrunde und Zweck der Strafe (a. a. O. S. 38 fg.), so fallen dieselben in abstracto mit dem Rechtsgrunde und Zweck der Staatsgewalt überhaupt zusammen, während der Rechtsgrund, wonach eine concrete Handlung vom Staat mit Strafe belegt werden kann, nur in der Gesetzesübertretung (nicht in der Strafdrohung) liegen kann. Denn Strafe kann stets nur mit Rücksicht auf Handlungen der Vergangenheit zugefügt werden; Handlungen der Zukunft liegen ganz ausser dem Bereiche der gegenwärtigen Strafe (**nemo prudens punit, ne peccetur, sed quia peccatum est**)."

„Fragt man ferner (a. a. O. S. 61 fg.), welche Handlungen strafwürdig seyen, so erscheint zwar nach der Idee des Rechts jede gesetzwidrige Handlung als strafwürdig, d. h. sie „darf" vom Staat mit Strafe belegt werden, weil es Jedermann's Pflicht ist, das vom Staat gegebene Gesetz zu achten. Allein daraus folgt noch nicht, daß jede Uebertretung des Gesetzes gestraft werden „solle" oder „müsse". Denn das Strafrecht ist nur ein Nothrecht, kann daher nur dann in Anwendung kommen, wenn andere (d. h. gelindere) Mittel nicht mehr ausreichen. Ob nun aber die Erhaltung des allgemeinen Rechtsfriedens mit

Nothwendigkeit Strafe erheische, und gelindere Mittel nicht mehr die Gesetze zu schützen vermögen, kann nur aus den Umständen der Erfahrung erkannt werden. Das Recht vermag daher nicht anzugeben, wann und wie weit gestraft werden soll. Es übersteigt die Kräfte der Philosophie, feste und untrügliche Merkmale aufzustellen, woran der Staat für jeden concreten Fall die Nothwendigkeit der Anwendung seiner Strafgewalt ermessen könnte, weil dieß von so vielfachen, zufälligen, nach Ort und Zeit veränderlichen Umständen abhängt, daß a priori darüber, d. h. wie eine feste Scheidelinie zwischen dem Polizei-, dem Civil- und dem Strafrechte des Staats zu ziehen sey, nichts gesagt werden kann, wenn nicht das Unmögliche möglich gemacht, und die zufälligen Thatsachen der Erfahrung als etwas Allgemeines und Nothwendiges dargestellt werden sollen. Das Wenige, was sich über die Strafwürdigkeit einer Handlung bestimmen läßt, ist: 1) daß sie eine rechtswidrige, oder, weil eine jede rechtswidrige Handlung den Staat in seinem Bestehen verletzt, wie man auch sagen kann, eine staatsgefährliche, oder (nach Trummer, Zur Philosophie des Rechts, insbesondere des Strafrechts S. 57) eine gemeingefährliche Handlung, seyn muß; und 2) daß dieselbe, oder die daraus entspringende Gefahr durch kein anderes Mittel, namentlich nicht durch den Civil- und Polizeizwang unterdrückt oder abgewendet werden kann. Kürzer gefaßt: es wird jede rechtswidrige oder strafwürdige Handlung zu einer strafbaren, sobald die in ihr für den Staat liegende Gefahr nur durch Strafe besiegt werden kann."

„Ob und in welchem Grade diese Merkmale in jedem einzelnen Falle gegeben sind, suche der Verstand zu beurtheilen, der Gesetzgeber zu ermessen. Irrthum aber wird oft schwer zu vermeiden seyn, und mannichfache Umstände werden das Urtheil bestechen, zumal, wenn die Grundsätze, die es leiten sollen, so schwankend und unsicher sind. Der sicherste Führer wird und muß immerhin für den Gesetzgeber die (d. h. eine erprobte langjährige) Erfahrung seyn."

„Kann nun aber aus der Vernunft an sich nicht bestimmt werden, welche gesetzwidrige Handlungen den Staat so sehr ge-

fährden, daß ihnen mit Erfolg nur durch Strafe begegnet werden kann: so kann eben so wenig der Grad dieser Gefahr, und nach ihm die Größe der Strafe a priori festgesetzt werden. Ist nur in der Erfahrung das Daseyn einer Gefahr für den Staat zu ersehen, so kann nach allen Gesetzen des menschlichen Denkens nichts Anderes, als die Erfahrung über die Größe der Gefahr Aufschluß geben. Es läßt sich eben so wenig a priori deduciren, daß diesem und jenem Verbrechen genau diese und jene Strafe zugefügt werden müsse, als a priori deducirt werden kann, wie viel Mittel der Staat auf die Befriedigung seiner jährlichen Bedürfnisse verwenden dürfe, oder wie viel Mannschaft erfordert werde, um sich gegen den Angriff eines auswärtigen Staats zu vertheidigen. Hier ist kein anderer Richter gültig, als das Bedürfniß und die in der Wirklichkeit gegebenen Bedingungen."

„Der Grundsatz für das Strafmaaß ist daher einzig und allein der Staatszweck, wie dieser Grund und Zweck der Strafe ist; je nach dem Bedürfnisse des Staatszwecks, und nach keinem andern Maaßstabe oder Zweck, soll gestraft werden. Je wichtiger für den Staat die Beobachtung und Heilighaltung eines Gesetzes ist, um so größer und schwerer muß die Strafe seyn, die seinen Verletzer trifft; je unwesentlicher ein Gesetz, desto geringer die der Uebertretung folgende Strafe. Der objective Gesichtspunct, die äussere Gefährlichkeit der Handlung, wird also immer zunächst die Größe ihrer Strafe bestimmen, und die subjective Rechtswidrigkeit wird nur dazu dienen, die Strafe zu mildern oder zu verringern, weshalb dem richterlichen Ermessen stets ein gehöriger Spielraum zu lassen ist."

„Dieser Maaßstab für die Größe der Strafe ist allerdings bei der Anwendung auf die einzelnen Verbrechen oft schwankend und unbestimmt, und es kann nicht, gleichsam wie an einer Elle, jedem Verbrechen die bestimmte Strafe zugemessen werden. Allein dieses Unbestimmte, man könnte fast sagen, dieses Unendliche, ist die Eigenschaft aller Vernunftideen, denen der Mensch in seiner Schwachheit sich nur nähern, die er aber nie erreichen kann; und dennoch giebt gerade die Unbestimmtheit, die Biegsamkeit aller Ideen erst das Menschliche, das Irdische, weil unter dieser

Bedingung allein die verschiedenartigst gebildeten Menschen unter den verschiedensten Verhältnissen ihnen nachstreben können. Wenn die Ideen der Tugend und des Rechts, des Schönen und Wahren, in einen festen, bestimmten Kreis eingeschlossen wären, dann gäbe es kein Fortschreiten, keine Bewegung, kein Leben mehr; an ihrer Stelle träte Erstarrung und Tod. Der kennt das Leben, der kennt den Menschen und das Wesen der menschlichen Vernunft nicht, wer für die Strafe einen Maaßstab verlangt, woran einem jeden Verbrechen für alle Zeiten hinaus eine gerechte Strafe festgesetzt werden könnte; umgekehrt die Vollkommenheit und Vernunftmäßigkeit des angegebenen Strafmaaßes liegt gerade in seiner „Unvollkommenheit." Was in dem Leben bestehen und wirken soll, muß mit dem Leben sich bewegen und wechseln; was in den verschiedensten Zeiten unter den verschiedensten Umständen seyn soll, muß auch verschieden seyn können."

„So wenig **a priori** einem jeden Verbrechen die Größe (die Quantität) seiner Strafe bestimmt werden kann, eben so wenig läßt sich von da aus über die einzig zulässigen Strafgattungen (Qualität der Strafe) etwas festsetzen, obwohl dieß z. B. Kant und Zachariä versucht haben. Die verschiedenen Arten und Gattungen der Strafe sind das zufällige und willkürliche Resultat der Erfahrung, und es ist ein vergebliches Bemühen der Philosophie die Nothwendigkeit des Zufälligen nachweisen, den Beweis übernehmen zu wollen, daß das Bedingte unbedingt sey. Die Philosophie kann die erfahrungsmäßigen Strafarten an der Idee des Rechts nur prüfen, und mit ihr vergleichen, wonach sich dann ergeben wird, ob die Strafen gerechte oder ungerechte, uenschliche oder unmenschliche sind. Milde und Menschlichkeit in der Art und Größe der Strafe sind vor Allem dem Gesetzgeber zu empfehlen, da weise Milde eher zum Ziele führt als übermäßige Strenge. Sehr wahr sagt Beccaria, über Verbrechen und Strafen §. 18, daß, je grausamer die Strafen, sich um so mehr die Seelen verhärten, und in einer Zeit von hundert Jahren das Rad nicht mehr Schrecken einflößt, als ehedem das Gefängniß."

§. 129.

Die Beurtheilung dieser Theorie beschränkt sich auf die Frage, in wie weit dieselbe mit dem vorentwickelten Rechtssysteme übereinstimme, und worin sie, und aus welchen Gründen, von demselben abweiche? Als Resultat kann hier vorläufig bezeichnet werden, daß sie nicht, wie es den Anschein haben könnte, alle Strafrechtstheorie läugnet, vielmehr mit Hülfe der Politik eine menschlich gerechte und humane, aber unvermeidlich unvollkommne und wechselhafte Strafgesetzgebung bezweckt. Denn:

Erstlich geht diese Theorie von einem Rechtsgrunde der Strafe aus, und leitet aus diesem, und nur aus diesem (also ohne Annahme eines Mittelzwecks der Strafe), die Prinzipe für den Umfang des Strafgebiets, und für die Qualität und die Quantität der Strafe her. Doch unterscheidet Schauberg genauer zwischen dem Rechtsgrunde der Strafe **in concreto** und **in abstracto**. Jener besteht in der Verletzung des Rechts, oder in der Gesetzwidrigkeit der Handlung, mithin wird der Verbrecher darum gestraft, weil er verbrochen, weil er das Gesetz verletzt hat (**quia peccavit**); hingegen Rechtsgrund und Zweck der Strafe **in abstracto** beruhen auf der durch die Vernunft gebotenen Herrschaft des Rechts, fallen daher mit dem Rechtsgrunde und Zweck des Staats überhaupt zusammen.

Zweitens: strafwürdig sind nicht alle Rechts- oder Gesetzwidrigkeiten, sondern nur diejenigen, welche dem Rechtszustande — dem Staat — eine wirkliche Gefahr (**in abstracto**) oder einen wirklichen Schaden (**in concreto**) bereiten, also durch Anwendung milderer Zwangsmittel nicht abgewendet oder vernichtet (getilgt, gesühnt) werden können; kurz, strafwürdig sind nur gemeingefährliche oder gemeinschädliche Handlungen. Nur irrt Schauberg darin, daß das Merkmal: „gemeinschädlich" (oder wie er sagt: staatsgefährlich) jeder Rechts- oder Gesetzwidrigkeit zukomme. Vielmehr bezeichnet der gemeine, wie der wissenschaftliche Sprachgebrauch als gemeinschädlich (im Gegensatze von dem, das bloße Privatinteresse verletzend) nur solche Rechts- oder Gesetzwidrigkeiten, welche von nachtheiligem Einfluß auf das gemeine Wesen, Staat und Bürger, sind, mithin über

die Verletzung des individuellen Rechts hinaus schädlich wirken (die rechtliche oder moralische Ordnung des Staats, den Rechtsfrieden, verletzen).

Drittens: die Qualität und Quantität der Strafe werden durch den Grad der Gemeingefährlichkeit (in abstracto), oder Gemeinschädlichkeit der Handlung (in concreto) bestimmt, also nicht durch einen willkürlich angenommenen nächsten oder Mittelzweck der Strafe im Sinne der Nützlichkeitstheorieen.

Viertens: beide Prinzipe, das Prinzip für den Umfang des Strafgebiets, und für die Qualität und Quantität der Strafe, gewähren nur eine unvollkommene Gesetzgebung, oder allgemeiner (d. h. auch in Beziehung auf den Richter) ausgedrückt, eine unvollkommene Strafjustiz, womit sich vom Standpuncte der bestehenden Verhältnisse Staat und Bürger begnügen müssen. Nur begeht Schauberg den Mißgriff, daß er diese natürlichen Unvollkommenheiten der bürgerlichen Strafgerechtigkeit durch das ungebührliche Uebergewicht, welches er der von ihm hereingezogenen Politik einräumt, auf eine bedenkliche Weise vermehrt. Auch der Satz: die „Vollkommenheit" der menschlichen Strafjustiz bestehe eben in ihrer Unvollkommenheit, weil sonst ein Streben nach dem Vollkommneren nicht möglich wäre, enthält weder Wahrheit, noch Trost für den, unter der menschlichen Unvollkommenheit oft schwer büßenden Uebertreter. Dagegen nimmt er mit Recht (wenn auch nur aus politischen Gründen) Milde und Humanität in Anspruch.

Fünftens: Strafgesetze sind nicht nothwendig, sondern nur zweckmäßig, nämlich als Vorbeugungsmittel von Verbrechen, und dürfen mit den Gesetzen (dem Recht), deren Uebertretung den Rechtsgrund der Strafe in concreto bildet, nicht verwechselt werden. In ersterer Beziehung kann indeß Schauberg nicht beigestimmt werden, weil, wie nachgewiesen wurde, Strafgesetze rechtlich nothwendig, also nicht bloß durch die Politik, sondern durch das Rechtsgesetz geboten sind, wenn nicht die Unvollkommenheiten der menschlichen Strafjustiz in Willkür und Unrecht ausarten sollen.

Sechstens: für ein System des Strafrechts genügt es weder,

mit wenigen Worten einige abstracte Formeln aufzustellen, ohne sich weiter um die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit derselben auf die bürgerlichen Verhältnisse, und um die Mittel zu ihrer Realisirung zu kümmern, weil es nicht der Willkür des Gesetzgebers überlassen werden kann, sich ihrer in beliebiger Weise zu bedienen; noch darf eine Strafrechtstheorie größere Erwartungen von sich hegen lassen, als sie zu erfüllen im Stande ist. Sie muß daher bei der Anwendung ihrer Prinzipe auf die unvermeidliche Unvollkommenheit der menschlichen Strafgerechtigkeit, im Gegensatze der göttlichen Vergeltung (Schauberg a. a. O. S. 52), hinweisen.

Wie soll nun aber die Anwendung der vorgenannten Prinzipe des Strafrechts geschehen? Hier beginnt die Haupteigenthümlichkeit der Schauberg'schen Deduction, daß nämlich dem Rechtsgesetze, da es nur vage abstracte Prinzipe aufzustellen vermöge, keine weitere Stimme bei der Anwendung seiner Prinzipe gebühre, diese mithin allein der Politik zufalle. Ja, dieser Politik soll sogar die Beschränkung des Begriffs des Verbrechens von gesetzwidrigen Handlungen auf gemeingefährliche oder gemeinschädliche Handlungen zu verdanken seyn, und überhaupt die Politik den eigentlichen und wahren Boden aller Strafrechtstheorie bilden, weil mit allgemeinen Grundsätzen des Rechts so gut wie nichts gewonnen werde, sondern Alles auf die Art ihrer Anwendung, welche sehr verschieden ausfallen könne und werde, ankomme.

Dieß erinnert an eine ähnliche Aeusserung in den Motiven zu dem württ. Strafgesetzes-Entwurfe vom J. 1835, wo es (S. 7) heißt: „Der Stoff zu dem Hauptinhalte des Gesetzbuchs, (d. h.) zu den Bestimmungen über die einzelnen strafbaren Handlungen, über die Art (Qualität) und die Größe (Quantität) der Strafe, kann wieder keiner allgemeinen Theorie entnommen werden, sondern muß aus der „Criminalpolitik" geschöpft werden. Bei Bearbeitung dieses Stoffes muß dann der Verfassung des Staats, seiner Stellung in dem deutschen Staatenvereine (Art. 148 des Str.G.B., im Gegensatze von Art. 150 vgl. mit Art. 284 Ziff. 2, und Art. 206 vgl. mit Art. 209, wo andere Gesetzge-

bungen der Bundespflicht mehr eingedenk sind, Commentar ꝛc. Thl. 2 S. 1228 Anm., und S. 1243 Anm.), der Bildungsstufe des Volks, seiner herrschenden Sitten und Gewohnheiten (nicht auch der Zeittendenz?) Rechnung getragen; vor Allem aber müssen die bestehenden Strafgesetze, und die über ihren Erfolg und ihre Zweckmäßigkeit (wenn auch in fremden Staaten) gesammelten Erfahrungen in reifliche Erwägung gezogen werden."

Wäre letzteres „vor Allem" geschehen, so könnte das württ. Str.G.B. keine, der Form und dem Inhalte nach casuistisch-terroristische Strafgesetzgebung seyn; und wäre ersteres gehörig beobachtet worden, so könnte es nicht von andern deutschen Gesetzgebungen, die für Staaten von gleicher Verfassung, Nationalität, Bildungsstufe ꝛc. berechnet sind, in so bedeutender Weise abweichen. Aber freilich als leitendes Hauptprinzip (d. h. Rechtsprinzip) bezeichnen die Motive kurz zuvor die Abschreckung durch das Strafgesetz; und wie und von welchen Handlungen am sichersten abzuschrecken sey, soll die Aufgabe der Criminalpolitik seyn.

Allein wie hat man sich diese Politik zu denken? Nach Schauberg soll die Strafgesetzgebung, indem sie zu einem Gegenstande der Politik wird, dadurch „nicht völlig" dem Recht entzogen, noch dem „schrankenlosen Ermessen" der Willkür anheim gestellt werden. Auch sie habe ihre „unverletzlichen Gesetze", und beschäftige sich mit nichts anderem, als mit der Verwirklichung „der Rechtsidee". Allein es lassen sich auch unerlaubte Mittel zur Realisirung der Rechtsidee denken, weshalb jedenfalls ausgesprochen werden müßte, daß die Politik nur innerhalb der Gränzen des Rechts sich bewegen dürfe. Auch die, wenn gleich unverletzlich genannten Gesetze, welche sie sich selbst giebt, gewähren keine genügende Sicherheit gegen Ueberschreitung der, ihr nothwendig anzuweisenden, „rechtlichen" Schranken.

Macht man an eine Strafgesetzgebung die Anforderung, daß sie den Umfang des Strafgebiets bestimmen, und wenigstens im Allgemeinen (nicht in casuistischer Weise) für jedes einzelne Verbrechen oder Vergehen die Qualität und Quantität der Strafe festsetzen soll: so kann freilich nicht geläugnet werden, daß der Gesetzgeber dazu der Erfahrung bedürfe, und daß insbesondere

die empirisch gegebenen Umstände und Verhältnisse, unter welchen, und auf welche die allgemeinen Prinzipe des Strafrechts für einen bestimmten Staat ihre Anwendung finden sollen, von Einfluß auf den Inhalt der Strafgesetzgebung seyn werden und müssen. „Was, bemerkt Schauberg (a. a. O. S. 66), nach den Bedürfnissen und Sitten, nach der gerade geltenden Denk- und Gesinnungsweise eines Volks bei diesem unter Todesstrafe verboten ist, kann unter andern Bedingungen bei einem andern Volke erlaubt seyn. Wie verschieden sind nicht die Gesetzgebungen China's, des älteren Roms und Deutschlands über das Abtreiben der Leibesfrucht und die Kinderaussetzung; wie anders denkt der freie Britte und der knechtische Römer unter den Kaisern über das Verbrechen der beleidigten Majestät? Welche Aehnlichkeit hat der Strafcodex der spanischen Inquisition mit unsern neueren Gesetzbüchern?"

Allein sollen Politik und eingewurzelte Vorurtheile im Stande seyn, Ungerechtigkeiten der Art zu rechtfertigen, so müßte man geradezu allen Glauben an das Recht aufgeben. Die eigenthümlichen Zustände und Verhältnisse eines Volks können allerdings einigen Unterschied hinsichtlich des Umfanges des Strafgebiets und des Strafmaaßes bewirken, allein niemals in so bedeutendem Maaße; und auch diese Unterschiede werden bei Völkern von gleicher Bildungsstufe, unter ähnlicher politischer und kirchlicher Verfassung ꝛc. im Ganzen unbedeutend, oder bloß vorübergehend seyn. Aber eben, um zu verhüten, daß sich nicht die Politik über das Recht erhebe, hat die Rechtsphilosophie über die richtige Anwendung ihrer Prinzipe eine Controle auszuüben, was dadurch geschieht, daß sie für den Gesetzgeber Normen über die Art ihrer Anwendung aufstellt. Statt also mit Schauberg und mit den Motiven zu dem württ. Strafgesetzes-Entwurf zu sagen: nur die Politik könne darüber entscheiden, welche Handlungen gemeinschädlich seyen, und in welchem Grade, weil dieß nur Sache der Erfahrung sey, und danach die Qualität und Quantität der Strafe bestimmen ist — es vielmehr nach der obigen Ausführung die Aufgabe der Rechtsphilosophie, aus der Beschaffenheit der Handlungen an sich und der in ihnen liegenden Größe

der Pflichtverletzung, allgemeine Normen abzuleiten, welche die richtige Anwendung ihrer Prinzipe sichern. Kann sie in dieser Beziehung auch nicht Alles, so kann sie doch Manches leisten, wenn dieses auch nur darin bestände, erkennbare Ungerechtigkeiten und Unbilligkeiten zu vermeiden. In sofern stellt sich dasjenige System, welches auch Schauberg in seinen Grundzügen anerkennt, nicht als ein bloß dürres Gerippe dar, welches erst Fleisch und Bein von einer, wenn auch nicht ganz, doch ziemlich willkürlichen Politik erhalten soll.

Woher kommt es z. B., daß das, freilich schon in seiner Anlage fehlerhafte System der Freiheits- und der Ehrenstrafen des württ. Str.G.B. in seiner Anwendung auf die einzelnen Verbrechen noch zehnmal schlimmer ist? Daher, weil die Anwendung desselben viel zu sehr der Politik überlassen wurde.

§. 130.

c. von Preuschen.

Auch dieser Schriftsteller stellt in der angeführten Schrift eine bürgerliche Gerechtigkeitstheorie auf, welche er, aber nicht passend, eine „modificirte" Gerechtigkeitstheorie nennt. Denn, wer giebt den absoluten Theorieen das Recht, sich ausschließlich Gerechtigkeitstheorieen zu nennen, und damit alle andern Theorieen für Ungerechtigkeitstheorieen zu erklären? Namentlich aber sieht sich der Verf. genöthigt, von vorne herein einer unrichtigen Auffassungsweise seiner Ansicht in der Darstellung von Preuschen's zu begegnen. Diese unrichtige Auffassung besteht darin, „daß seine Verwerfung eines nächsten oder Mittelzwecks der Strafe die bürgerliche Gerechtigkeitstheorie zu einer coalirten (zusammengesetzten, gemischten) relativen Theorie mache, weil die Aufrechthaltung der Rechtsordnung, als Zweck der Strafe, die verschiedenen nächsten Zwecke der relativen Theorieen, durch ein höheres Prinzip vereinigt, in sich aufnehme"; sodann, „daß seine Theorie, obwohl sie den Zweck der Strafe richtig auffasse, gleichwohl einer rechtlichen Grundlage entbehre, weil eine bloße Nothwendigkeit, ein bloßer Zweck, nie eine Quelle von Rechten seyn könne." (Die Gerechtigkeitstheorie ꝛc. Abtheil. I §. 17).

Vorerſt kann eine „rechtliche" Nothwendigkeit nicht nur die Quelle von Rechten ſeyn, ſondern ſie muß es auch ſeyn, und die Unterſuchungen über den Rechtsgrund der Strafe bezwecken ja eben nichts anderes, als die rechtliche Nothwendigkeit der Strafe nachzuweiſen. Steht nun feſt, daß das Rechtsgeſetz nicht nur die Realiſirung der Herrſchaft des Rechts, ſondern auch einen Zwang zur Wiederherſtellung des Zuſtandes der Unverletzlichkeit deſſelben geſtattet, oder vielmehr kategoriſch gebietet, und kann der verletzte Rechtszuſtand vollſtändig nur durch Strafe wieder hergeſtellt werden: ſo fragt man mit Recht, wie hier von einem „bloßen Zweck der Strafe", d. h. — im Gegenſatze des Rechtsgrundes derſelben — von einem bloß politiſchen Zweck der Strafe, oder von „einem Behandeln des Menſchen als Mittel zum Zweck", d. h. zur Beförderung von Zwecken, die ſeiner vernünftigen Natur widerſtreiten, die Rede ſeyn kann? Auch der Schadenserſatz würde dann nicht auf dem Recht, ſondern auf bloßer Politik beruhen.

Iſt der ſo gewonnene Rechtsgrund der Strafe von einem bloß politiſchen Zweck der Strafe verſchieden, und will man einmal (was aber keineswegs nothwendig iſt), unbeſchadet des Rechtsgeſetzes, von einem Zweck der Strafe reden, ſo kann damit nur der „rechtliche" Zweck, und zwar der (von den Nützlichkeitstheorieen ſo genannte) Endzweck der Strafe gemeint ſeyn. Sagt man aber in dieſem Sinne, der Rechtsgrund der Strafe falle mit dem rechtlichen Zweck (Endzweck) derſelben zuſammen: wie kann damit eine (doch wohl nur innere, und gleichſam eingehüllte) Coalition verſchiedener relativer Syſteme ausgedrückt ſeyn? Eine Theorie, welche alle nächſten Zwecke der Strafe verwirft, weil ſie die qualitative und quantitative Proportion zwiſchen Schuld und Strafe vernichten, kann doch unmöglich dieſelben wieder zur Hinterthür hereinlaſſen, wie wenn der Rechtsgrund oder „rechtliche" Zweck der Strafe, als „politiſche Zwecke", Abſchreckung, Beſſerung und Prävention in ſich begreife, oder dieſelben durch ein höheres Prinzip in ſich vereinige. Rechtsgrund und rechtlicher Zweck (Endzweck) der Strafe ſtehen vielmehr den bloß politiſchen Zwecken derſelben entgegen, mithin können weder dieſe in jenen, noch jene in dieſen implicite enthalten ſeyn.

Auch Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und Strafprocesse, Thl. 1 S. 80, hat dagegen bemerkt, daß ja „alle" relativen Theorieen von der Nothwendigkeit der Erhaltung der Rechtsordnung, als Rechtsgrund und Endzweck der Strafe, ausgehen, und sich dieselben nur durch den „nächsten" Zweck, welcher die beabsichtigte Art der Wirksamkeit der Strafe bestimme, unterscheiden. Diese letztere Bemerkung paßt indeß nur auf die Nützlichkeits-, nicht auch auf die Rechtstheorieen, sofern diese alle nächsten Zwecke der Strafe verwerfen.

Dagegen zeichnet sich die Darstellung v. Preuschen's durch ihre practische Auffassungsweise aus, indem sie in das Detail der wichtigsten Fragen des Strafrechts eingeht, diese vom Standpuncte der verschiedenen Strafrechtssysteme beleuchtet, und zuletzt vom Standpuncte der Gerechtigkeitstheorie entscheidet, mithin im Auge hat, was eine jede Strafrechtstheorie vorzugsweise im Auge haben soll, nämlich eine Entwickelung legislativer Prinzipe, um nicht nur die practische Tauglichkeit, sondern auch die Art der Anwendung der abstracten Grundsätze des Strafrechts auf gegebene Verhältnisse dem Gesetzgeber darzulegen. Nur vermißt man bei jener Parallele theils die Berücksichtigung mancher wichtiger Theorieen, theils eine nicht immer richtige Auffassung der dazu benutzten fremden Systeme.

„Setzt man, sagt derselbe (a. a. O. §. 22), den „Zweck" der Strafe in die Nothwendigkeit der Aufrechthaltung der Rechtsordnung, welcher (Zweck) sämmtliche relative Theorieen in sich vereinigt, und alle die verschiedenen Strafzwecke, welche die andern relativen Theorieen einzeln und für sich allein als den „Rechtsgrund" des Strafrechts darstellen, in so fern sie zur Aufrechthaltung der Rechtsordnung beitragen, in sich aufnimmt: so ist zwar damit ein wesentliches (oder) Hauptmoment der Strafe dargestellt; allein es fehlt auch dieser Theorie an einer rechtlichen Grundlage."

„Um diese zu gewinnen, muß man an dem Grundgedanken der absoluten Theorie festhalten, welche die Strafe nicht bloß als Mittel zur Erhaltung der Rechtsordnung, also als Mittel zu einem zu befördernden Zweck betrachtet, sondern auf das in der Vergangenheit liegende Verschulden bezieht, und nur darin fehlt,

daß sie ohne allen Vernunftzweck nur deshalb Strafe will, weil dieselbe durch ein in der Vergangenheit liegendes Verschulden verdient ist. Statt daß daher die absolute Theorie sagt: der Staat „solle stets" dann Strafe verhängen, wenn sie durch ein in der Vergangenheit liegendes Verschulden verdient ist, muß es daher heißen: der Staat darf, wenn er „gerecht" handeln will, „nur dann" Strafe anwenden, wenn sie durch ein in der Vergangenheit liegendes Verschulden verdient ist; und (mithin) nicht bloß, weil sich die Strafe als „möglich oder nothwendig" für den Staat darstellt. Dieß hat man auch bisher, durch ein richtiges Gefühl geleitet, in der Praxis befolgt, indem man nur „zurechnungsfähige" Subjecte straft, den Todtschläger milder als den Mörder ꝛc."

„Hieraus folgt, daß die relative Strafrechtstheorie insofern recht hat, daß sie die Strafe nur insofern rechtfertigen zu können glaubt, als dadurch ein Vernunftzweck erreicht wird (nämlich Erhaltung der Rechtsordnung); daß sie aber unrecht hat, wenn sie dieses als den „einzigen Rechtsgrund" der Strafe darstellt, „und" den Menschen nur als Mittel zum Zweck betrachtet. Statt daß daher die relative Theorie sagt: der Staat soll, so bald ihm die Strafe als „zweckmäßiges" Mittel erscheint, um die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten, dieselbe anwenden, muß es heißen: der Staat darf, wenn er „vernünftig" handeln will, nur dann Strafe anwenden, wenn sie nothwendig erscheint, um die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten."

„Hieraus folgt mit Nothwendigkeit, daß beides sich ergänzende Momente sind, nämlich daß die Strafe nur dann gerechtfertigt werden kann (als „gerecht" und „vernünftig" zugleich): 1) wenn sie durch ein in der Vergangenheit liegendes Verbrechen verdient ist, und 2) wenn sie (zugleich) nothwendig ist, um die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten."

„Das erste Moment ist um so wichtiger, da die Strafgesetze und Strafen, so bald sie zu sehr von dem gerechten Gleichmaaße abweichen, und mehr durch die Schrecken der angedrohten Uebel zu herrschen suchen, im Innern keinen Anklang finden, nicht für gerecht gehalten werden, ja sogar, wie die meisten Anhänger der relativen Theorie anerkennen werden, ihren Zweck verfehlen."

„In dem zweiten Hauptmomente aber vereinigen sich sämmtliche relative Theorieen, welche die Strafe aus irgend einem einzelnen Zwecke rechtfertigen. Es ist nämlich nicht bloß Ein Strafzweck, den der Staat durch die verdiente Strafe erreichen kann, zu berücksichtigen, sondern (es sind) alle (Strafzwecke) nach dem Grade ihrer Wichtigkeit (zu berücksichtigen), und hier steht als der wichtigste und hauptsächlichste Zweck der Strafe oben an: durch Androhung der (von) Strafen Alle von zu begehenden Verbrechen abzuschrecken oder zu warnen. Hingegen der Strafzweck der Präventionstheorie ist schon beschränkter, weil die Wirkung der Strafe sich nicht weiter erstreckt, als auf denjenigen, welcher bereits ein Verbrechen verübt hat ꝛc.“

Dieß ist das Fundament der so genannten modificirten Gerechtigkeitstheorie, die freilich ganz anders ausgefallen wäre, wenn der Grundgedanke, von welchem auch von Preuschen ausgeht, nämlich „der Aufstellung eines Rechtsgrundes der Strafe im Sinne des relativen Systems, aber unter Verwerfung aller nächsten Zwecke der Strafe“, richtig aufgefaßt und durchgeführt wäre, indem es dann namentlich nicht des Hereinziehens des Prinzips des absoluten Strafsystems bedurft hätte, was, wie die Beurtheilung der Theorieen von Henrici, Mittermaier, und von Kapff ergeben hat, gar nicht einmal möglich ist.

Gleich in dem ersten Satze, wie in dem weiteren Verlaufe, zeigt sich die Verwechselung der Begriffe von Rechtsgrund und politischem Zweck der Strafe, in welcher Beziehung das bereits Bemerkte nicht wiederholt zu werden braucht, wie sich denn auch von selbst ergiebt, daß mit dem Rechtsgrunde der Strafe im Sinne des relativen Systems der von v. Preuschen gesuchte Satz, daß der Verbrecher wegen seiner, in der Vergangenheit liegenden, Uebertretung verdientermaßen bestraft werden solle (quia peccavit), von selbst gegeben ist. Was von dem Ersatzzwange gilt, daß nämlich derselbe rechtlich geboten und verdient ist, mag auch der Verletzer noch so sehr darunter leiden, ja vielleicht sein ganzes Vermögen darüber einbüßen, das muß auch von dem Strafzwange gelten, weil beide Arten des Zwanges auf dem nämlichen Rechts- (oder Verpflichtungs-) Grunde beruhen.

Sodann aber: welcher Unterschied sollte wohl zwischen den einander entgegengesetzten Formeln: „der Staat soll stets Strafe verhängen ꝛc.", und: „er darf nur dann Strafe verhängen ꝛc." bestehen? Denn soll der Staat stets strafen, wenn Strafe verdient ist, so darf er auch nur dann strafen, wenn sie verdient ist; und sagt man: er darf nur dann strafen, wenn Strafe verdient ist, so ist damit implicite der Satz ausgedrückt, daß wenn diese Bedingung vorhanden ist, er dann stets strafen solle. Eben so verfehlt ist der weitere Gegensatz zwischen der Formel: der Staat, wenn er gerecht seyn will ꝛc., und der Staat, wenn er vernünftig seyn will ꝛc.; denn straft der Staat gerecht, so straft er immer vernünftig, und straft er vernünftig, so muß er auch gerecht strafen. Das bloß Zweckmäßige kann v. Preuschen hier nicht meinen, weil dieses nicht durch Vernunft (a priori) erkannt, sondern nur durch den von der Erfahrung geleiteten Verstand gefunden wird, und das „vernünftig" ja eben den Rechtsgrund der Strafe im Sinne des relativen Systems ausdrücken soll. Mit diesem, noch nicht zufrieden, verbindet er noch einen zweiten Rechtsgrund, und gelangt so zu einem hinsichtlich des Fundaments der Strafe coalirten Systeme, welches insofern seine Stellung schon in der ersten Abtheilung (bei den Coalitionen des absoluten und relativen Prinzips) hätte finden können und sollen, wenn nicht dasselbe, als aus einem Mißverstehen des Grundgedankens der bürgerlichen Gerechtigkeitstheorie hervorgegangen, zweckmäßiger hier seine Stellung erhalten hätte.

Um von vorne herein die practische Seite dieser Verbindung zweier Rechtsgründe darzustellen, wird darauf aufmerksam gemacht, daß nach dem ersten nur zurechnungsfähige Subjecte strafbar seyen, der Todtschlag milder zu bestrafen sey, als der Mord ꝛc.; in dem zweiten dagegen, als Bestandtheile, Abschreckung durch Strafandrohung, wie auch durch die Vollziehung der Strafe, und Prävention, weniger aber moralische Besserung des Verbrechers, enthalten seyen.

Allein, was den ersten Punct betrifft, sollte wohl mit Grund behauptet werden können, daß die relativen Systeme für sich allein (ohne Verbindung mit dem Prinzipe des absoluten Systems) zu

einer Bestrafung unzurechnungsfähiger Subjecte führen, und keinen Unterschied zwischen Mord und Todtschlag ꝛc. anerkennen? Und, was den zweiten Punct betrifft, so ist, wie schon oben bemerkt wurde, nicht einzusehen, wie in einem Rechtsgrunde, d. h. einem durch das Rechtsgesetz sankzionirten Grunde, ein Inbegriff von rein politischen Gründen sollte enthalten seyn können. Denn es wird (a. a. O. S. 78) ausdrücklich von der Besserung des Verbrechers gesagt: „sie sey nicht ein wesentlicher „Bestandtheil" des (zweiten) Rechtsgrundes, so sehr auch zu wünschen wäre, daß die Strafanstalten wo möglich diesem Zwecke entsprächen."

Wie v. Preuschen seine Ansicht von dem Rechtsgrunde der Strafe in der zweiten Abtheilung seiner Schrift auf das rechtliche Strafmaaß angewendet habe, darüber äussert er sich in der Vorrede kurz dahin:

„So wie das Recht zu strafen auf zwei Hauptmomenten beruht, nämlich auf dem in der Vergangenheit liegenden Verschulden, und auf der Nothwendigkeit, die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten: so hat das Verbrechen eine objective und eine subjective Seite, weshalb eine objective Rechtsverletzung (d. h. im weiteren Sinne, indem S. 31 genauer zwischen rechtswidriger Handlung und eigentlicher Rechtsverletzung unterschieden wird) nur dann strafwürdig ist, wenn das Subject zurechnungsfähig ist, oder durch das subjective Verschulden Strafe verdient ist. Diesen beiden Seiten (der That) muß daher auch auf den Maaßstab der Strafbarkeit der „gleiche Einfluß" eingeräumt werden, so daß die größte objective Rechtsverletzung doch nur auf einer niederen Stufe der Strafbarkeit stehen kann, wenn das subjective Verschulden gering ist, wie z. B. (bei der) Tödtung aus Culpa. Nur darf man das Berücksichtigen der subjectiven Rechtswidrigkeit nicht mit der Berücksichtigung der moralischen Natur des Menschen (der Immoralität der Gesinnung) verwechseln; denn Recht und Moralität sind streng von einander geschieden. Nur die subjectiv rechtliche, nie aber die moralische Seite der Handlung darf daher berücksichtigt werden. (Oder vielmehr: die subjectiv rechtliche Würdigung ist eine beschränkt moralische, wie seiner Zeit nachgewiesen wurde)."

„Durch ein richtiges natürliches Gefühl geleitet, hat man auch in der Praxis und in den neueren Strafgesetzes-Entwürfen diese Grundsätze größtentheils richtig befolgt, wie z. B. schon die geringere Bedrohung der culposen Verbrechen ergiebt. Nur verwechselte man, weil man sich nicht immer klar der Prinzipe bewußt war, auf welchen dieß (das richtige Strafmaaß) beruht, häufig die subjective Seite einer (strafwürdigen) Handlung mit der moralischen, und gab oft wieder (d. h. umgekehrt) der subjectiven Seite einen überwiegenden Einfluß, wie z. B. noch die neuesten Entwürfe bei der **culpa dolo determinata** ergeben. Ferner (wiederum umgekehrt) unterschied man zu wenig die Culpa aus Leichtsinn von der Culpa aus Unbesonnenheit. Nur letztere (die unbewußte Fahrlässigkeit) sollte nie härter als mit einfacher Gefängnißstrafe belegt werden, während bei dieser (der bewußten, oft nahe an den eventuellen Dolus angränzenden Culpa) schon höhere Strafen gerechtfertigt sind, nach der Größe der Wahrscheinlichkeit, mit welcher der rechtswidrige Erfolg eintreten mußte, und der Thäter solches voraussah."

Allerdings, wer wollte es läugnen, daß die neuesten Strafgesetzgebungen hinsichtlich der qualitativen und quantitativen Proportion der Strafe Vieles, ja sehr Vieles zu wünschen übrig lassen, indem sie nicht nur willkürlich und planlos bald der subjectiven, bald der objectiven Seite der That ein ungebührliches Uebergewicht einräumen, sondern auch gegen die relative Proportion sehr häufig verstoßen. Zwar kann, wie nachgewiesen wurde, von einer Strafgesetzgebung, und so auch von dem Richter, nicht das Unmögliche verlangt werden, aber desto gewisser das Mögliche, nämlich alle erkennbaren Ungerechtigkeiten, Schroffheiten und Inhumanitäten, deren sich so viele nachweisen lassen, aufzuheben, was der erste, überaus wichtige, Schritt zu einer menschlich gerechten Strafjustiz wäre. Allein man kann den meisten Gesetzgebern nicht einmal nachsagen: „der Geist ist willig, aber das Fleisch ist schwach", weil sie von dem beliebten Abschreckungsprinzipe nicht abweichen wollen.

Hingegen die bürgerliche Gerechtigkeitstheorie hat wenigstens einen willigen Geist, wenn sie gleich die Schwäche des Fleisches,

d. h. die unvermeidliche Unvollkommenheit aller menschlichen Einrichtungen, also auch der Strafgerechtigkeit des Staats, anerkennt, weshalb sie sich schon mit einem approximativ und relativ gerechten Maaßstabe der Strafen begnügt, ja fast zufrieden ist, wenn das Strafmaaß nur kein ungerechtes ist.

§. 131.

c. Strobel.

Weit näher, als die Theorieen von Schauberg und von v. Preuschen, steht dieser Ansicht die in der Schrift: Ueber die höchsten Prinzipe von Recht, zur Begründung des Natur- oder Vernunftrechts, insbesondere des Criminalrechts, Frankf. a. M. 1841, enthaltene Deduction, als deren Verfasser, auf meinen gegen denselben ausgesprochenen Wunsch, ich den Oberapp. Ger. Rath Strobel in Wiesbaden (von dem auch einige, aber gleichfalls anonyme Abhandlungen in Hitzig's Zeitschrift herrühren) bezeichnen darf. Dieser argumentirt (S. 47 — 85) folgendermaßen.

„Die Gesetze, worunter der Mensch als intellektuelles Wesen steht, sind die der Sinnlichkeit, und der Vernunft, oder der Moral und Religion; ihre Einwirkungen auf ihn sind daher auch die Prinzipe oder Motive seiner willkürlichen Handlungen, und geben ihm ein Recht der Sinnlichkeit, der Moral, und der Religion."

„Nach dem Rechte der Sinnlichkeit kann der Mensch sein materielles Eigenthum, d. h. seinen Körper und seine erworbenen Güter, mit Gewalt behaupten, daher gegen Angriffe anderer schützen, und durch äussere sinnliche Einwirkung hervorgebrachte Kränkungen und Verletzungen mit äusserer, sinnlicher Rückwirkung verfolgen, oder den erlittenen sinnlichen Schmerz mit sinnlichem Schmerze vergelten (sich rächen). Eben so steht ihm nach dem Rechte der Moral und der Religion in Beziehung auf sein geistiges Eigenthum, d. h. seine Achtung als moralisches und religiöses Wesen, seine persönliche Ehre, das Recht zu, den durch äussere, sinnliche Einwirkung erlittenen sinnlichen, moralischen und religiösen Schmerz mit äusseren sinnlichen Schmerzen so weit zu vergelten, als zur Erhaltung seiner Achtung als moralisches und

religiöses Wesen, dem Angreifer und allen Andern gegenüber, erforderlich ist."

„Ungeachtet aber diese Rechte zur Existenz des Menschen gehören, so lassen sie doch als nur subjective Rechte, und aus sonstigen Gründen, kein gleich rechtliches Verhältniß unter den Menschen zu. Ein solches kann nur durch einen Verein unter höchster Gewalt, Staat genannt, hergestellt werden, dessen Aufgabe daher ist, das gemeinschaftlich als höchstes Gesetz anerkannte Vernunftrecht zu verwirklichen. Die zur Leitung und Vermittlung angeordnete Gewalt desselben wird die Regierung genannt, und da auf diese alle durch die Sinnlichkeit und Vernunft (Moral und Religion) begründete Rechte jedes einzelnen Staatsbürgers als Allen gleichmäßige, als Gesammtrechte, zur Bestimmung, Erhaltung und Verfolgung übergehen: so liegt der Regierung mit dem Recht die Pflicht ob, dafür Sorge zu tragen, und die dazu nöthigen Anstalten zu treffen, also „einen Allen gleichmäßigen Rechtszustand zu begründen", jeder Verletzung mit den ihr zu Gebot gestellten Mitteln „entgegen zu wirken", und die Folgen einer begangenen Rechtsverletzung so weit „wieder aufzuheben", um den dadurch gestörten Rechtszustand wieder herzustellen."

„Hiernach stehen der Regierung zur Einführung und Handhabung des Rechts „im Allgemeinen", folgende Rechte und Pflichten zu: 1) das Recht der Gesetzgebung; 2) Sorge für Erziehung und Aufklärung, um Moralität und Religiosität „als die Hauptfundamente des Rechts" zu heben, und das Ansehen und die Beobachtung der Gesetze zu befördern; 3) Sorge für gute Polizei; 4) Einführung von Justizbehörden, und 5) von Executivbehörden zur Vollstreckung der Urtheile."

„Um indeß die bestimmten Rechtskreise sowohl der einzelnen Bürger, als des Staats und der Regierung, zu erhalten und zu schützen, bedarf es noch „besonderer Verfügungen" hinsichtlich der Ueberschreitung derselben, der Rechtsverletzungen. Diese Rechtsverletzungen sind nämlich:

„1) entweder von der Art, daß die Erfüllung oder Aufhebung von eingegangenen Verbindlichkeiten, oder der Ersatz des dadurch verursachten Schadens für den Verletzten hinreicht, um

die Rechtsstörung wieder aufzuheben. Diese Rechtsverletzungen gehören dem Privatrecht an; oder

„2) sie sind von der Art, daß der Schadensersatz allein dazu nicht ausreicht, weil sie nicht bloß wegen Kränkung der Sinnlichkeit des Verletzten die „sinnliche Rache" desselben, wegen Kränkung der Moral und Religion desselben aber die „moralische und religiöse Genugthuung" des Verletzten, als Vergeltung zur Rückwirkung, auffordern; sondern auch, weil der Staatsverein zur Verwirklichung des auf Moral und Religion beruhenden Vernunftrechts gegründet ist, mithin die Verletzung desselben „alle Vereinte", wenn auch nicht als Kränkung der Sinnlichkeit, doch „als Kränkung der Moral und Religion" in der Art treffen, daß von ihnen eine Vergeltung, wenn auch nicht als Rache zur Befriedigung der Sinnlichkeit, doch „als moralische und religiöse Genugthuung zur Erhaltung der Moral und der Religion", als Grundlagen des Rechts, gebilligt, und daher diese Rückwirkung als eine allen Vereinten zustehende Genugthuung „zur Aufrechthaltung des Rechts und seiner höchsten Prinzipien (der Moral und Religion)" anerkannt und so weit verlangt werden muß, als die Vereinten sich selbst einer solchen im Falle eigner gleichen Rechtsverletzungen unterwerfen."

„Rechtsverletzungen dieser Art werden Verbrechen (ein Brechen der durch die Vereinigung und den Eintritt in den Staat demselben geleisteten Verpflichtung, die Rechtssphäre aller Vereinten und des Vereins selbst zu achten) und Vergehen (ein Gehen über die in den Gesetzen bestimmten Gränzen der jedem Vereinten angewiesenen Rechtssphäre) genannt, und gehören dem öffentlichen Rechte an, weil sie dem Staat die besondere Pflicht auflegen, im Interesse des Verletzten wie der Gesammtheit, eine Genugthuung zu verhängen, um den durch sie allgemein gestörten Rechtszustand wieder herzustellen."

„Verschieden hievon ist das Recht der Regierung, Anstalten zu treffen, wodurch den für den Staatszweck anerkannt nachtheiligen unmoralischen und irreligiösen Handlungen, der Selbsthülfe und den künftigen Rechtsverletzungen zuvorgekommen wird, und diesen das nöthige Ansehen zu verschaffen; das Polizeirecht."

„Die Mittel, welche der Staat, wenn gleichwohl Verbrechen und Vergehen begangen werden, zur angemessenen Genugthuung als Vergeltung so weit zu verfügen hat (als nöthig ist), um den gestörten Rechtszustand wieder herzustellen, sind bedingt: 1) durch den Grund der Verbrechen und Vergehen; und 2) durch die Größe derselben."

„Alle Verbrechen und Vergehen haben ihren „Grund" in dem Ueberwiegen der Sinnlichkeit, als dem ersten Prinzipe willkürlicher Handlungen des Menschen, über die Moral und die Religion, als die beiden andern Prinzipe seiner willkürlichen Handlungen, also in der unentwickelten Vernunft, dem ungeläuterten Gewissen, und dem ungebildeten Glauben. Denn obgleich es eine absolute Immoralität und Irreligiosität nicht giebt, sondern nur einen Mangel an Moralität und Religiosität, so werden doch alle Verbrechen und Vergehen in dem Grade als aus Immoralität und Irreligiosität hervorgehend betrachtet, als Vernunft, Moral und Religion (den Uebertreter) zur Unterdrückung der Sinnlichkeit, als des Grundes und der Quelle derselben, aufgefordert haben."

„Die Größe der Verbrechen wird bestimmt: 1) in objectiver (materieller) Hinsicht durch die Größe oder Wichtigkeit der durch sie verletzten Rechte, welche in dem Staat anerkannt und unter den Schutz der Regierung gestellt sind, und zwar nach der äusseren Erscheinung, nicht also nach der Ansicht des Verletzten, sondern der Gesammtheit der im Staate Vereinten. Sie zerfallen danach: a) in Privatverbrechen, und diese vernichten entweder die Rechtssphäre eines Andern (Mord, Todtschlag), oder stören sie nur, sey es hinsichtlich der Person (Verletzung der Gesundheit des Körpers oder des Geistes, Verläumdung), oder des Eigenthums (Diebstahl, Betrug ꝛc.), oder beider zugleich (Raub); b) in Staatsverbrechen, theils gegen den Staat, um ihn aufzuheben, theils gegen die Regierung (Aufruhr, Dienstvergehen ꝛc.). 2) In subjectiver Hinsicht wird die Größe des Verbrechens durch die Größe oder Stärke des unrechtlichen, illegalen Willens, somit durch den Grad der Verletzung der dem Recht zu Grunde liegenden Moral und Religion, der inneren Schuld, bestimmt. Denn jede objective Rechtsverletzung erscheint nicht nur als ein

äusseres Factum, als eine Veränderung der Aussenwelt, welche nur mehr oder weniger nach bloß physischen Gesetzen eintreten kann, und in soweit auser der willkürlichen Gewalt des Menschen liegt, sondern auch als eine willkürliche Thathandlung, als aus einem Willensacte des Handelnden hervorgegangen. Da nun der Wille, wie das Recht selbst, durch Moral und Religion bestimmt wird, so muß (neben der materiellen Größe der Verletzung) der erweisbare Grad „der Immoralität und Irreligiosität", oder die subjective Schuld des Handelnden „hinsichtlich des Verbrechens oder Vergehens", nicht also die Immoralität und Irreligiosität des Handelnden „überhaupt", aber auch hier nicht nach den sinnlichen, sittlichen und moralischen Gefühlen des Verletzten, sondern der Gesammtheit der im Staate Vereinten, berücksichtigt werden."

„Da die Sinnlichkeit dasjenige Prinzip ist, welches durch sein Uebergewicht über die beiden andern Prinzipe (Moral und Religion) der Grund von Verbrechen und Vergehen ist, so muß auch das Mittel, den durch das Uebergewicht hervorgehenden Verbrechen sowohl entgegen zu wirken (vorzubeugen), als, wenn sie dennoch verübt worden sind, „die Folgen derselben so weit wieder aufzuheben (als nöthig ist), um den dadurch gestörten Rechtszustand wieder herzustellen", in diesem Prinzipe selbst, in der Sinnlichkeit, gesucht und gefunden werden, um sie durch sie selbst zu bekämpfen, der Moral und Religion aber wieder das Uebergewicht über dieselbe zu verschaffen, damit aber die Legalität, den Rechtszustand, zu erhalten, und wenn sie dennoch verletzt worden sind, denselben wieder herzustellen. Zu diesem Behuf hat der Staat das Recht und die Pflicht, statt der dem Verletzten zustehenden und von allen Vereinten zu fordernden, aber an den Staat übertragenen Privat- und Gesammtgenugthuung, als öffentliche Genugthuung, je nach der objectiven Größe der Verletzung und der subjectiven Schuld des Verletzenden, zum Voraus ein Uebel, und zwar mit der Drohung anzukündigen, daß es, wenn dieselbe unwirksam bleibe, erkannt und vollzogen werde; und dieses Uebel ist die rechtliche Strafe."

„Hiernach fallen Rechtsgrund und Zweck sowohl der Andro-

hung, als der Erkennung und Vollziehung der Strafe, als eines sinnlichen Uebels, zusammen, als das der Regierung übertragene letzte Mittel, zur Erhaltung des auf Moral und Religion gegründeten, und im Staate anerkannten, und „zur Wiederherstellung des durch Verbrechen und Vergehen verletzten Rechts", die dasselbe verletzende Sinnlichkeit durch Rückwirkung auf dieselbe zu unterdrücken, der Moral und Religion aber die Herrschaft über dieselbe zu verschaffen."

„Hieraus ergiebt sich, daß nur solche Strafen (Strafarten) zulässig sind, welche den Verbrecher zur moralischen und religiösen, und damit zur rechtlichen Besserung führen, also Freiheitsstrafen mit den nöthigen Besserungsanstalten (Pönitentiarsystem), mit Ausnahme derjenigen Verbrechen, deren objective Größe den höchsten Interessen aller Vereinten in der Art Gefahr droht, daß alle Rücksicht auf Besserung dadurch ausgeschlossen wird (Verbannung an einem einsamen Ort, Todesstrafe)."

„Was sodann das gesetzliche Strafmaaß betrifft, so muß demselben die objective Größe der Verbrechen und Vergehen zu Grunde gelegt werden, weil der Staat zur Erhaltung der äussern Rechtsordnung gegründet ist, die Größe aller Verbrechen und Vergehen aber ihren Grund in der Größe und Wichtigkeit der durch sie verletzten Rechte hat. Nach diesem Maaßstabe ist für jede Art von Verbrechen und Vergehen gesetzlich ein Maximum und Minimum der Strafe festzusetzen, innerhalb welcher dann auch die Größe der subjectiven Schuld von dem Richter berücksichtigt werden kann und soll. Da jedoch diese subjective Schuld selbst noch unter dem Minimum der nach der objectiven Größe angedrohten Strafe fallen kann, so muß für diese ausserordentlichen Fälle das Begnadigungsrecht eintreten."

„So wie aber, weil die jeweilige Strafgesetzgebung und Verwaltung von den besonderen Zuständen, namentlich dem jeweiligen Grade der Cultur eines Volks abhängt, keine gleichförmige und unabänderliche Gränze zwischen dem Civil- und dem Strafrechte gedacht werden kann; und so wenig es bis jetzt möglich war, auch nur nach der objectiven Größe der Verbrechen und Vergehen ein bestimmtes, festes, verhältnißmäßiges Maximum

und Minimum für die einzelnen Arten strafwürdiger Handlungen aufzufinden: um so weniger ist es möglich, dieß für die so verschiedenartigen Grade der subjectiven Schuld bei jedem besonderen Verbrechen und Vergehen zu erreichen. Aber die fortschreitende Cultur führt doch, wie die ganze Geschichte des Strafrechts ergiebt, nach und nach zum Besseren. Mit dieser werden sich nicht nur die Strafen sowohl der Art, als dem Maaße nach ändern, sondern auch die Verbrechen und Vergehen hinsichtlich der objectiven Größe sich vermindern, die Verbrecher aber, hinsichtlich der subjectiven Schuld, der moralischen und religiösen, und damit der rechtlichen Besserung zugänglicher werden."

„Als Folge davon wird dann, hinsichtlich der objectiven Größe der Verbrechen, sowohl das Maximum als das Minimum herabgesetzt werden, wie in Hinsicht des ersteren die wiederholten Versuche zur Abschaffung der Todesstrafe, hinsichtlich des letzteren aber die Praxis und (manche) neuere Gesetzgebungen beweisen; dasselbe wird hinsichtlich des Maximum und Minimum der subjectiven Schuld eintreten, da sich dann die dolosen Verbrechen vermindern, die culposen aber einer milderen Ansicht unterliegen werden."

„Da wo noch ältere Gesetze bestehen, wirken nicht nur im Sinne des Fortschritts Wissenschaft und Praxis fort, sondern auch „die Stimme des Volks" wird in seinen landständischen Vertretern bei Abfassung neuer Strafgesetzgebungen solche Bestimmungen der Strafarten und Strafmaaße nach der objectiven Größe der Verbrechen erwirken, die der allgemeinen Cultur des Volks angemessen sind; ein „Geschwornen-Gericht" aber, welches nicht bloß über schuldig oder nicht schuldig, sondern auch über die subjective Größe der Schuld spricht, wird die durch die fortschreitende Cultur und Wissenschaft gewonnenen Verbesserungen als eine Fortbildung des Rechts einführen."

„Wenn es daher auch unmöglich ist, daß die Gesetzgebung für jedes Verbrechen und Vergehen eine der Art (Qualität) und dem Maaße (Quantität) nach bestimmte, feste Strafe vorher verkündigen könne, und daß die Richter in allen, doch immer nur scheinbar gleichen Fällen dieselbe Strafe aussprechen werden, da das

Recht kein mathematischer Satz, und seine Anwendung keine Auflösung eines mathematischen Problems ist: so wird doch eine „fortwährende Annäherung" an eine „gewisse" Vollkommenheit, wie sie bisher schon erstrebt und gewonnen worden, nach den aufgestellten Grundsätzen möglich bleiben, und diese damit rechtfertigen."

§. 132.

Es macht in der That einen wohlthuenden Eindruck, von einer mit Geist geschriebenen, auf Recht, Moral und Religion gegründeten Theorie des Strafrechts das offene Bekenntniß der Unvollkommenheit der menschlichen Strafjustiz, zugleich aber auch die Mittel zu vernehmen, welche zu ihrer allmähligen Vervollkommnung führen sollen, obwohl auch mit deren Hülfe nur eine Annäherung an eine gewisse Vollkommenheit erzielt werden kann. Es ist der Geist einer ächten Humanität, welcher aus einer solchen Theorie spricht, wie sich auch von der sittlich-religiösen Grundlage derselben, welche kein Recht im Gegensatz der Moral, und keinen besonderen Zweck der Strafe anerkennt, nicht anders erwarten läßt. Sie verdient daher mit vollem Recht den Namen einer bürgerlichen Gerechtigkeitstheorie, d. h. einer Theorie, welche ohne alle, in dem Begriffe des Verbrechens und der Strafe nicht gelegene Nebenrücksichten, menschlich (beschränkt) gerechte und humane Strafen will, und die Realisirung dieser Forderung an eine, durch sie gebotene Reform des Strafverfahrens knüpft. Unter diesen Umständen verdient sie gewiß mehr, wie manche andere, eine nähere Beleuchtung.

Wir heben mit dem Rechtsgrunde der Strafe an. Dieser, oder mit andern Worten der Verpflichtungsgrund derselben, wird richtig darin gesetzt, den durch das Unrecht, und zwar durch ein, über die Person des unmittelbar Verletzten sich auf die Gesammtheit der Vereinten erstreckendes Unrecht, verursachten Schaden (die Verletzung der moralischen Ordnung des Staats, des Rechtsfriedens) wieder gut zu machen, oder mit andern Worten die Herrschaft des, auf Moral und Religion gegründeten Rechts so weit wieder herzustellen, als eine Wiederherstellung möglich ist. Hiernach haben Schadensersatz und Strafe das gleiche rechtliche Fundament, und unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Anwendung nur

durch die Beschaffenheit der Verletzung, welche daher die Gränze zwischen dem Privat= und Strafrecht, zugleich aber auch in logisch richtiger Folgerung (ohne ein willkürlich eingeschobenes Mittelglied) die Grundsätze für den Maaßstab der Strafe bestimmt.

Nur darin weicht diese Theorie von der oben entwickelten Theorie ab, daß sie neben dem so begründeten Strafrechte des Staats ein so genanntes natürliches, d. h. schon ausserhalb des staatsbürgerlichen Vereins bestehendes Strafrecht, oder, wenn es auch nicht Strafrecht genannt wird, wenigstens ein Rache= und moralisches und religiöses Genugthuungsrecht (je nachdem Recht, Moral oder Religion in einem Andern verletzt werden) annimmt, und dieses, aus der Natur des Menschen abgeleitete, Recht auf den Staat überträgt, dessen Strafe neben dem Character der Privatgenugthuung, zugleich den der öffentlichen Genugthuung annimmt. Was von einer solchen Deduction zu halten sey, hat bereits die Beurtheilung der Theorieen von v. Kapff, Grolman und Schulze ergeben, und wenn jenes Recht kein Strafrecht des Einzelnen seyn soll, so würde es durch seine Uebertragung auf den Staat nicht einmal die Natur eines Strafrechts annehmen können. Denn Niemand kann von einem Andern mehr Rechte oder ein anderes Recht erwerben, als der Uebertragende selbst hatte. Ueberhaupt bedarf es nach der obigen Deduetion der Annahme einer Uebertragung hier gar nicht.

Eben so wenig kann zugegeben werden, daß es der Strafgesetze zum Zweck der Abschreckung oder Warnung Aller bedürfe, also dieser Begriff mit Strafandrohung gleichbedeutend sey. Allerdings kann im Geiste dieser Theorie die Drohung nicht zur Sinnlichkeit, sondern nur zur Vernunft (Moral und Religion) des Menschen reden, weshalb hier auch nicht von Steigerungen der an sich verdienten Strafe im Sinne Feuerbach's die Rede ist. Allein die Nothwendigkeit der Strafgesetze vom Standpuncte der bürgerlichen Strafgerechtigkeit beruht, wie nachgewiesen wurde, auf einem ganz andern Grunde; und wenn eine Jury bestehen, also Oeffentlichkeit der Strafrechtspflege eingeführt werden soll, so würde diese ohnehin weit wirksamer für jenen Zweck seyn, da bis jetzt wenigstens Strafgesetzbücher mit endlosen Maxima und Minima

von Strafen nicht Gegenstand des Volksstudiums sind. Wären sie es aber, so stände es gewiß schlimm um Recht, Moral und Religion bei dem Volke.

Auch darin fehlt diese Theorie, daß sie, wie es scheint, verleitet durch das natürliche Racheprinzip, den Begriff des Unrechts (der Uebertretung des Rechtsgesetzes) nicht von vorne herein von seiner wesentlichen subjectiven Seite — dem Willen und der inneren Schuld — auffaßt, wovon die Folge ist, daß später das Hauptgewicht auf die objective Seite der That gelegt wird, die subjective hingegen nur innerhalb des, nach jenem Momente allein berechneten, Maximum und Minimum der Strafe wirken soll, und zwar ohne Zulassung gesetzlicher Milderungsgründe, indem, wenn aus besonderen subjectiven Gründen in einzelnen Fällen das objectiv berechnete Minimum der Strafe zu einer unverhältnißmäßigen Härte führen sollte, zur Herstellung einer gerechten Proportion nur auf Begnadigung verwiesen wird.

Dagegen muß man vollkommen dem Satze zustimmen, daß die Würdigung der subjectiven Seite der That nichts anderes als die moralische, aber eine beschränkt-moralische Würdigung der Gesinnung des Uebertreters, als Quelle seiner verbrecherischen That, also nicht des ganzen inneren Menschen sey; und eben so, daß sich die Freiheitsstrafen vorzugsweise dem Gesetzgeber empfehlen, wenn sie dazu benutzt oder so eingerichtet werden, daß sie den Schuldigen wo möglich innerlich (sittlich und religiös), also nicht bloß äusserlich, bessern. Mit Recht wird die äussere, oder wie sie auch genannt wird, juridische oder politische Besserung hier nur als „Folge" der inneren Besserung dargestellt. So lange man aber auf dem Gebiete der Rechtsphilosophie Recht und Moral einander entgegensetzte, gab es nicht nur eine juridische Besserung im Gegensatz der moralischen, sondern auch eine juridische Freiheit im Gegensatz der moralischen, daher auch eine juridische Imputation im Gegensatz der moralischen ꝛc.; und wenn das Naturrecht sich auch mit den Pflichten gegen Gott befaßt hätte, so würde es gewiß auch zwischen juridischen und moralischen Pflichten gegen Gott unterschieden haben.

Die Verbrechen und Vergehen werden hier mit dem

allgemeinen Ausdruck Rechtsverletzungen, d. h. Verletzungen des Rechts (des Rechtsgesetzes) bezeichnet, und gegen diese Bezeichnung läßt sich mit Grund nichts einwenden. Man kann sie aber auch im Allgemeinen „rechtswidrige Handlungen" nennen, und von diesen die Rechtsverletzungen im eigentlichen und engeren Sinne, d. h. diejenigen Verbrechen und Vergehen, welche eine Verletzung bestimmter individueller Rechte enthalten, besonders hervorheben, was jedenfalls der Eintheilung in Rechtsverbrechen und Polizeiverbrechen vorzuziehen ist, indem sich daran immer noch der Gedanke knüpft, daß die letzteren nicht so ganz oder nicht vollständig in das Gebiet der Strafgesetzgebung gehören. Der die strafwürdigen Handlungen characterisirende, Ausdruck: gemeinschädliche (das gemeine Wesen — Staat und Bürger — verletzende) Handlungen kommt freilich dem Namen nach in dieser Deduction nicht vor; aber der Sache nach ist er anerkannt, und muß vom Standpuncte des relativen Systems anerkannt werden.

Eben so erkennt Strobel die unvermeidlichen Unvollkommenheiten der menschlichen Strafgerechtigkeit an, zugleich aber verweist er auf die Quellen, von welchen eine allmählige Vervollkommnung und Humanisirung derselben zu erwarten sey, und diese sind ihm: Wissenschaft, Praxis, erhöhte Sittlichkeit und Religiosität des Volks, Volksvertretung, und Geschwornengerichte. Wir wollen deren Einfluß jetzt betrachten.

Erstlich: die Wissenschaft. Diese kann und soll allerdings einen mächtigen Anstoß zur Vervollkommnung und Humanisirung der, zur Zeit noch vielfach ungerechten und inhumanen, Strafgesetze geben. Zu diesem Behuf ermüde die Wissenschaft nicht, das legislativ und in der Praxis immer noch vorherrschende Abschreckungsprinzip (wohl gar in Verbindung mit dem Präventionsprinzipe) mit rechtlichen und sittlichen Waffen zu bekämpfen, und die daraus entspringenden Ungerechtigkeiten und Inhumanitäten dem Gesetzgeber zur gerechten Abhülfe darzulegen. Denn der erste Schritt zu einer menschlich gerechten und humanen Strafjustiz ist schon gegeben, wenn nur alle erkennbaren Ungerechtigkeiten und Inhumanitäten aufgehoben seyn werden. Mit diesem Zustande einer Nicht-Ungerechtigkeit darf sich aber die Wissen-

schaft nicht begnügen, sondern ihre Aufgabe ist zugleich, zur Förderung des zweiten Schritts, nämlich der Herstellung des positiv Gerechten und Humanen, so weit zu wirken, als bei der Unvollkommenheit aller menschlichen Einrichtungen dieses Ziel erreicht werden kann.

Zweitens: die Praxis. Von dieser erwarte man aber nicht, daß sie zur Verbesserung der Strafrechtspflege die harten und inhumanen Strafgesetze umgehe (denn dieses Nothmittel vergangener Zeiten paßt nicht auf unsere gegenwärtigen Verhältnisse, und hat ohnehin viel Bedenkliches), sondern umgekehrt: unermüdliche Darlegung der traurigen Folgen eines Abschreckungs- und Buchstabendienstes in unausgesetzten Begnadigungsanträgen an den Landesherrn, so oft die Gerichte genöthigt werden, gegen ihre Ueberzeugung ungerechte oder inhumane Strafurtheile zu fällen; Niederlegung der gewonnenen Erfahrungen in Schriften, nebst Vorschlägen zur Verbesserung der erkennbar gewordenen Mißstände im Interesse des Rechts und der Humanität — dieß sind die Mittel, durch welche sich die Praxis große Verdienste um die Verbesserung der Strafrechtspflege erwerben kann.

Drittens: Sorge des Staats für erhöhte Sittlichkeit und Religiosität. Denn diese bilden die Grundsäulen des Rechts und aller staatsbürgerlichen Verbindung. Je tiefer sie daher in dem Gemüthe der Unterthanen wurzeln, um so kräftiger werden sie diese gegen Versuchungen zum Unrecht schützen, und mit der dadurch gewonnenen Milderung der Sitten überhaupt wird es dem Strafgesetzgeber möglich gemacht werden, mildere und humanere Strafbestimmungen aufzustellen, wie dieß die Geschichte des Strafrechts schon bisher gelehrt hat, und auch ferner lehren wird.

Viertens: die Stimme des Volks in seinen landständischen Vertretern, nicht nur (wie es zu beschränkt heißt) bei Abfassung neuer Strafgesetzgebungen, sondern auch ohne diese Veranlassung, z. B. durch zeitige Anregung einer Revision, sey es der ganzen Gesetzgebung oder einzelner Theile derselben, damit des unverdienten Uebels im Staat wenigstens nicht zu viel sey. Gewiß können tüchtige Volksvertreter darin viel Treffliches leisten; allein Rechtssinn und Humanität scheitern oft an ungünstigen

politischen Conjuncturen. Der Hauptanstoß muß daher immer von der Regierung ausgehen, d. h. diese muß in ihren Entwürfen den Anforderungen des Rechts und der Humanität huldigen, und dann wird sie sicher darauf zählen können, in den Kammern die kräftigste Unterstützung zu finden. Dagegen giebt es keine gefährlichere Maxime für Wahrheit und Recht, als wenn die Regierung, um schroffe, d. h. hauptsächlich auf Abschreckung und Politik gebauete, Entwürfe in den Kammern durchzusetzen, dieselben scheinbar, d. h. zum Behuf des theilweisen Nachgebens, steigert, damit unter der Form eines gegenseitigen Nachgebens das Prinzip des Terrorismus und der Inhumanität um so gewisser den Sieg davon trage.

Endlich: Geschwornengerichte, also jedenfalls Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens, die mit einer menschlich gerechten und humanen Strafjustiz eben so unzertrennlich zusammenhängen, wie bisher der geheime schriftliche Inquisitionsproceß mit der Abschreckungsjustiz. Der Gedanke Strobel's, Geschwornengerichte nicht nur für die Entscheidung der Thatfrage, sondern zugleich der subjectiven Größe der Schuld zu bestellen, beruht auf dem allerdings richtigen Gedanken, daß die Emancipation der Gerichte von aller, oder so gut wie aller gesetzlichen Beweistheorie nur die Wiederherstellung des Urtheils und der Herrschaft des gesunden Verstandes gegen das frühere Richten nach bestimmt vorgezeichneten Beweismitteln ist, mithin zur Beurtheilung des Thatsächlichen (der Schuld oder Nichtschuld, und des Grades der Verschuldung) nicht mehr, wie früher, rechtsgelehrte Kenntnisse erfordert werden, oder doch nur in einem Maaße, welches jeder Gebildete sich leicht aneignen kann, weil die Hauptsache immer die moralische Ueberzeugung bleibt. Allein die Geschwornengerichte sind kein reines Rechts-, sondern zugleich ein politisches Institut, weshalb es vergebens ist, jetzt auf ihre Einführung in Deutschland zu hoffen. Desto unermüdlicher sey aber in der Wissenschaft, wie in der Praxis, das Streben darauf gerichtet, wenigstens volle Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Strafverfahrens zu erlangen, da diese eine reine Forderung des Rechts, ohne alle Beimischung von Politik, sind.

Unvollkommen wird zwar auch dann noch die bürgerliche Strafgerechtigkeit, weil von Menschen über Menschen ausgeübt, bleiben; aber das Unmögliche von ihr zu fordern wäre Thorheit, und wenn nur Männer der Wissenschaft und der Praxis, in Verbindung mit tüchtigen, für Recht und Humanität kämpfenden Volksvertretern, das ihnen gemeinsam vorgesteckte Ziel, je von ihren verschiedenen Standpuncten aus, unermüdlich verfolgen: so werden und müssen nach und nach Recht und Humanität immer größere Triumphe feiern. Und bei einem so ernsten und heiligen, das Wohl und Wehe der Menschheit betreffenden Gegenstande, darf man wohl ausrufen: Amen.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hepp, Carl Ferdinand Theodor,

Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechts-Systeme ein Beitrag zur Geschichte der Philosophie und der Strafgesetzgebungs-Wissenschaft

Bd.: 2,2

Heidelberg 1845
Crim. 128 o-2,2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10394519-0